

L'ORDRE PUBLIC

ESSAI

THESE

SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PAR

Marcelle CLAPS-LIENHART

Avocat à la Cour d'appel de Lyon,
Chargée de Conférences à la Faculté de Droit,
Licenciée ès Lettres (Philosophie),
Lauréate de la Faculté.



LYON

BOSC Frères, M. & L. RIOU

IMPRIMEURS-ÉDITEURS

42, Quai Gailleton, 42

—
1934

L'ORDRE PUBLIC

ESSAI

L'ORDRE PUBLIC

ESSAI

THESE

SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PAR

Marcelle CLAPS-LIENHART

Avocat à la Cour d'appel de Lyon,
Chargée de Conférences à la Faculté de Droit,
Licenciée ès Lettres (Philosophie),
Lauréate de la Faculté.



LYON

BOSC Frères, M. & L. RIOU

IMPRIMEURS-ÉDITEURS

42, Quai Gailleton, 42

—
1934

UNIVERSITÉ DE LYON - FACULTÉ DE DROIT

Professeurs honoraires

- MM. APPLETON (Charles), *, §.
APPLETON (Jean), O. *, § I.
PIC (Paul), O. *, § I.

Professeurs

- MM. JOSSERAND O. *, §, I., Doyen, Professeur de *Droit civil*.
LAMBERT (Edouard), *, § I., Professeur de *Droit comparé*.
LAMEIRE, *, § I., Professeur de *Droit administratif et d'Histoire du Droit public de Doctorat*.
LÉVY, *, § I., Professeur de *Droit civil*.
GONNARD, §, § I., Professeur de *Economie politique*.
ANTONELLI, *, §, § I., Professeur de *Histoire des doctrines économiques*.
PERROUD, §, § I., Professeur de *Procédure civile*.
COHENDY (Georges), § I., Professeur de *Droit commercial général*.
GARHAUD (Pierre), §, §, Professeur de *Droit criminel*.
ROUBIER, §, Professeur de *Droit civil*.
FALLETTI, Professeur de *Droit Romain*.
LAMBERT (Jacques), Professeur de *étude des institutions internationales de la Paix*.
DE LAPLANCHE, Professeur de *Histoire du Droit Français*.
NICOLAS, §, § I., Professeur de *Droit administratif*.
PHILIP, Professeur de *Science financière et de Législation française des Finances*.
PERROUX (François), Professeur de *Législation et Economie industrielles et rurales*.
BASTID, Professeur sans chaire.

Agrégée

- M^{lle} BASDEVANT, chargée d'un cours de *Droit International Public*.

Chargé de cours

- M. CONDOMINE, § I., *Droit civil et droit public* (Capacité, 2^e année).
M. SCHATZ, Professeur à la Faculté de Droit de Lille, chargé du Cours de *Economie Politique* (Doctorat).

Chargés de conférences

- M^{me} CLAPS-LIENHART
M. BRUN.
M. TRÉVOUX.



MEMBRES DU JURY

- M. LAMBERT (Edouard), Professeur à la Faculté de Droit, *président*.
M. LÉVY (Emmanuel), Professeur à la Faculté de Droit.
M. PHILIP (André), Professeur à la Faculté de Droit. } *assesseurs.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE DE MA MÈRE

A MON MARI

L'ORDRE PUBLIC

ESSAI

Introduction

L'ordre public, consacré et légitimé en France par la Déclaration de 1789, a été depuis lors invoqué bien souvent par les législateurs et par les juges.

Il est impérieux et tout puissant. En son nom l'on ordonne, on interdit. On l'oppose tantôt aux seuls nationaux (on l'appelle alors ordre public interne) ; tantôt aux seuls étrangers (il est dit alors ordre public international). On le confond parfois avec les bonnes mœurs, on le lie étroitement à un vague intérêt général, à l'ordre social, au salut public, etc...

Le code civil nulle part n'en donne une définition. La jurisprudence l'invoque sans cesse, ne le définit jamais. Peut-être est-il impossible d'en donner une définition, c'est-à-dire de le mouler une fois pour toutes dans une formule exacte et rigide.

Ordre public, mot impératif et énigmatique « que nul n'a pu définir et que nul n'a compris et ne comprendra jamais », a-t-on cru pouvoir affirmer (1).

Cette étude n'a point pour but de chercher à définir l'indéfinissable.

J'ai voulu rechercher si cette notion, familière à tous les Français et pourtant si imprécise, n'existait pas déjà dans les anciens droits. Ce fut l'objet de ma première partie.

VAREILLE-SOMMIÈRES, *Synthèse du Droit international*, p. 171.

J'ai vu que cette notion fuyante et floue était aussi vieille que la notion même d'Etat, et qu'en traversant les frontières du temps et de l'espace, elle changeait seulement de nom et d'apparence. Et je me suis efforcée de dégager, sous la multiplicité des formes, la permanence de caractères fondamentaux. J'ai pour cela, dans ma deuxième partie, rassemblé et scruté un grand nombre de lois dites d'ordre public, d'arrêts fondés sur l'ordre public, d'interprétations et de justifications doctrinales de ces arrêts et de ces lois.

Au terme de cette analyse, je suis parvenue à découvrir que l'ordre public avait toujours et partout sous ses aspects mouvants deux caractères essentiels permanents :

1° Il s'oppose à l'application de quelque principe d'ordre naturel ;

2° Il a pour but la défense et l'accroissement de l'Etat, de la Nation.

Alors, dans une troisième partie, j'ai voulu, après avoir dépouillé l'ordre public de ses apparences changeantes, l'en revêtir de nouveau, d'une manière ordonnée, systématisée, pour faire apparaître par cette synthèse sa signification profonde et son fondement immuable.

Ce fondement, j'ai compris qu'il fallait le chercher à travers le mystère de la vie elle-même.

Le sujet que traite cet ouvrage est historiquement et nécessairement inépuisable. Et je n'ai eu à aucun moment la prétention de l'épuiser. Je n'ai pas même cherché à l'enfermer dans des limites strictes : étant de sa nature illimité, le limiter ainsi aurait été le dénaturer. J'ai seulement voulu jalonner le temps et l'espace d'exemples précis, et, en étudiant ces exemples, trouver les éléments communs à tous les différents cas d'application de la notion obscure et vague d'ordre public, enfin expliquer pourquoi l'ordre public, multiplicité une, doit, malgré son unité, revêtir nécessairement

des apparences multiples suivant les époques, les pays, les circonstances.

Un seul fait suffit pour fonder une loi, pourvu qu'il soit bien choisi et bien observé. Mes exemples sont nombreux.

Sont-ils bien choisis ? Sont-ils bien observés ?

PREMIÈRE PARTIE

Etude historique

**Les précédents de l'ordre public
dans les anciens droits**

CHAPITRE PREMIER

Le droit romain

Si le mot ordre public ne se trouve pas en droit romain, il y est parlé parfois d'intérêt de la chose publique, de *publica utilitas*, etc., toutes expressions que nous traduirions sans hésiter aujourd'hui par le terme : ordre public. Chercher dans le droit romain des cas où l'on a fait appel, sous divers noms, à ce que nous appelons aujourd'hui l'ordre public, et voir si dans ces cas différents des traits communs ne se retrouvent pas, tel est le but de ce chapitre.

SECTION I

Limitations au droit de propriété

La propriété romaine apparaît, dès le début de l'époque historique, comme une propriété privée, exclusive et héréditaire. Elle constitue aux mains du *pater familias* une puissance individuelle qui échappe aux droits de l'Etat, de la gens et de la famille. C'est un droit réel, absolu et perpétuel. C'est la domination complète et exclusive d'une personne sur une chose corporelle (*plena in re potestas*). Le propriétaire a le *jus fruendi*, le *jus utendi*, le *jus abutendi*, c'est-à-dire le droit de tirer de sa chose toute l'utilité économique qu'elle comporte, d'en jouir ou de n'en pas jouir à son gré, d'en disposer librement. La propriété est donc le droit le plus absolu

que l'homme puisse avoir sur une chose. Et cependant, ce droit n'est pas, même à Rome et dès l'époque la plus reculée, un droit véritablement absolu. Il comporte, dès la Loi des XII Tables, un certain nombre de restrictions relatives principalement aux immeubles, soit dans l'intérêt des voisins, soit dans l'intérêt public.

§ I. — DANS L'INTÉRÊT DES VOISINS

a) Le propriétaire d'un terrain ne peut l'utiliser tout entier. S'il s'agit d'un terrain bâti, il doit laisser tout autour de la maison un « *ambitus* » de deux pieds; si c'est un champ, il doit laisser un « *confinium* » de cinq pieds ; — règles établies dans le but de permettre la circulation autour des terrains. Ce système, établi par la Loi des XII Tables, fut plus tard remplacé par celui de la mitoyenneté (*paries communis*).

b) Le propriétaire d'un fonds rural est tenu de subir les eaux qui viennent des fonds voisins suivant la pente naturelle des lieux. Il ne peut faire sur son propre fonds des travaux pour modifier le cours de ces eaux. Le propriétaire voisin peut s'y opposer par l'action *aquae pluviae arcendae* (XII Tables, 7, 8 ; D., 39, 3).

c) Tout propriétaire doit supporter que l'arbre du voisin surplombe son fonds, pourvu que ce soit à une hauteur de quinze pieds (*quindecim pedibus altius*), « *ne umbra arboris vicino praedio noceret* » (D., 43, 27, 1, 8; XII Tables, 7, 9; D., 43, 27, 1, 7). Il doit aussi permettre à son voisin de pénétrer chez lui pour y cueillir les fruits de cet arbre (XII Tables, 7, 10 ; D., 43, 28, 1, pr.).

d) Si un propriétaire fait sur son fonds des travaux de démolition ou de construction inquiétants pour son voisin, celui-ci peut les arrêter par une *operis novi nuntiatio* réglée par l'Edit du préteur mais qui paraît provenir de l'ancien droit civil (D., 39, 1). Mais l'*operis novi nuntiatio* est écartée formellement par l'Edit du préteur dans le cas où il s'agit de

travaux d'intérêt général (D., 39, 1, 5, 11), « *quum publicae salutis et securitatis intersit* » (D., 43, 21, 3, 8), et pour tous les travaux où le retard serait dangereux (D., 39, 1, 5, 12). S'il s'agit d'une *nuntiatio* au sujet d'un travail *in publico*, tous les citoyens peuvent l'exercer (D., 39, 1, 4, et 39, 1, 3, 4) parce qu'il importe à la cité que le plus grand nombre possible de personnes puisse faire observer le droit public : « *nam rei publicae interest quam plurimos ad defendendam suam causam admitti* ». Si la *nuntiatio* est faite « *juris nostri conservandi aut damni depellendi causa* », c'est-à-dire dans un intérêt privé, seul peut l'accomplir celui « *ad quem ea re pertinet* » (D., 39, 1, 1, 19; et 43, 25, 1, 3). La *nuntiatio* peut être rendue inopérante par différentes circonstances ; notamment, un pacte de remise peut intervenir, autorisant le dénoncé à construire, mais ce pacte de remise n'est possible que s'il s'agit d'un intérêt privé, c'est-à-dire de travaux « *quae non ad publicam laesionem, sed ad rem familiarem respiciunt* » (D., 2, 14, 7, 14). La *nuntiatio* n'interrompt pas non plus le travail dans le cas où le dénoncé fournit une caution qui est : soit une *satisdatio* (si c'est un *opus in privato*, c'est-à-dire dans le cas d'une *nuntiatio juris nostri conservandi causa*), soit une simple *repromissio* sans engagement de débiteurs accessoires (si l'*opus* est fait *in publico*, c'est-à-dire dans le cas où la *nuntiatio* est faite *juris publici tuendi causa*, D., 46, 5, 1, 6). Et, la *satisdatio* fournie, le prêteur délivre un interdit *ne vim fiat aedificanti*, pour permettre au dénoncé de poursuivre son travail en attendant le jugement, que ce travail soit fait *jure aut non jure* (D., 39, 1, 20, 9, et 39, 1, 20, 11). Car il est conforme à l'intérêt public que les constructions commencées soient finies : « *pertinet ad decus urbium aedificia non derelinqui* » (D., 39, 1, 20, 10).

En somme, un propriétaire est protégé contre les agissements d'un voisin qui porteraient atteinte à son droit de propriété — sauf le cas où il est de l'intérêt de la « chose publique » (*cum rei publicae intersit*) que ces travaux soient faits. A l'inverse, comme il est dans l'intérêt public (*decus*

urbium) que les constructions commencées soient achevées, la *nuntiatio* devient sans effet dès que le dénoncé fournit une caution, ou qu'intervient un pacte de remise — à moins que les travaux soient contraires à l'intérêt public (*ad publicam laesionem respiciunt*), auquel cas ils sont obligatoirement arrêtés.

e) Pour protéger contre un dommage non encore subi mais redouté par le propriétaire d'un immeuble, soit en raison du mauvais-état de l'édifice voisin (*vitium aedium*), soit de l'activité d'un tiers sur son fonds, ou sur le fonds d'autrui, ou sur un fonds public, le prêteur ordonne la fourniture d'une caution *damni infecti*, qui, comme la *nuntiatio*, procède d'ailleurs d'une institution civile antérieure (Gaius, 4, 31 ; D., 39, 2, *De damno infecto*). Dans le cas d'un *opus in alieno*, par exemple si le titulaire d'une servitude de passage veut réparer le passage, il doit prouver sa servitude et fournir la caution *damni infecti* (D. 43, 19, 3, 11), pour protéger le propriétaire du fonds servant en cas de dommage. De même, pour obtenir l'interdit *de aqua* (D. 43, 20, 1, 38) et l'interdit *de cloacis*, qui « *ad salubritatem civitatum et ad tutelam pertinet* » (D., 43, 23, 1, 2), il faut fournir la caution *damni infecti* (D., 43, 23, 1, pr.). Dans le cas d'un *opus « utilissimum »* fait *in publico*, le prêteur exige aussi la caution pour garantir contre un dommage éventuel pendant dix ans (D., 43, 15, 1, pr. et 1). Le prêteur concilie ainsi l'intérêt privé du propriétaire, qui est d'éviter un dommage à sa chose, et l'intérêt public qui veut, par exemple, que les rives des fleuves soient réparées pour les besoins de la navigation (D., 43, 15, 1 et 2).

§ II. — DANS L'INTÉRÊT PUBLIC

a) Le propriétaire riverain d'un cours d'eau doit subir l'*usus publicus* de sa rive, tout en gardant sur elle son droit de propriété (Inst., 2, 1, 4) ; car les cours d'eau à écoulement

constant sont des *res publicae*, c'est-à-dire des choses appartenant en propre au peuple romain considéré comme personne morale (à l'exclusion des autres nations), et offertes à la jouissance de tous les citoyens. Et la rive est publique aussi (D., 43, 12, 2, pr.), et ouverte à tous comme le fleuve lui-même, pour les besoins de la pêche et de la navigation (D., 43, 12, 1, 5) : « *ne navigatio deterior sit* ».

b) La mer, et le rivage de la mer, sont des *res communes* (Inst. 2, 1, 1, 3 et 5) (1). Tous les hommes ont sur ces choses un droit d'usage, qui est entendu assez largement pour qu'ils puissent s'en approprier des parcelles, non seulement puiser l'eau, mais pêcher dans la mer, et même élever des cabanes sur le rivage. Le pêcheur est propriétaire de sa pêche; le constructeur l'est de sa cabane et même du sol sur lequel elle s'élève, tant qu'elle subsiste (D., 1, 8, 6). Mais ce droit n'existe que s'il n'est pas écarté par des règlements publics, soit pour le rivage de la mer où les autorités peuvent défendre de bâtir (D., 43, 8, 4), soit pour la mer elle-même où la pêche peut être interdite dans les régions où elle est affermée par l'Etat, ainsi que semble déjà l'impliquer le langage d'Ulpian (D., 47, 10, 13, 7) et que le révèle aujourd'hui une inscription de fermiers de la pêche (*conductores piscatus*) assez récemment découverte sur les côtes de la mer du Nord (Bull. dell' Ist. di D. R., 1889, p. 129 et s.).

c) Le sénatus-consulte Hosidien du temps de Claude, et le sénatus-consulte Volusien de l'an 56 sur les ventes aux démolisseurs, ont défendu de démolir les maisons pour en vendre les matériaux précieux. Il y avait aussi de nombreux règlements obligeant les propriétaires à construire et entretenir leurs maisons suivant un certain type (C., 8, 10, notamment Zénon, 12). Dans une lettre de l'an 127 (V. Girard,

(1) Cependant certains jurisconsultes les classaient déjà parmi les *res publicae*, par exemple CELSE, D., 43, 8, 3. Cf NERATIUS, D. 41, 1, 14.

Man. de Dr. rom., p. 250, note 4), Hadrien ordonne de forcer un habitant d'une ville à réparer sa maison ou à la vendre.

d) On restreint aussi les droits du propriétaire de la pièce de bois qui a été employée dans l'édifice d'autrui, et ceux du propriétaire des échallas ou perches employés dans le vignoble d'autrui. Car il ne faut pas détruire des constructions, ni troubler la culture de la vigne (Loi des XII Tables restituée, 6, 7, 8, 9, Girard, Textes de Dr. rom., 5^e éd., p. 16 ; Ulpien, L. 37 *ad edictum*, D., 47, 3, 1, pr.). Cela nuirait à la sécurité, à la beauté, à la richesse publiques.

e) Une Constitution de Gratien et Valentinien permet à celui qui découvre un filon, d'exploiter la mine malgré le propriétaire, moyennant une indemnité d'un dixième au propriétaire et d'un dixième au fisc (C., 11, 7 (6). 3).

f) On ne peut pas trouver en droit romain un système général d'expropriation pour utilité publique, pas même dans les textes concernant les fonds provinciaux, car le droit de l'Etat sur ces fonds résulte de son droit de propriété sur eux. Cependant, il est des cas où un particulier peut être exproprié de son bien dans l'intérêt public, soit contre indemnité, soit même sans indemnité : expropriation imposée sans indemnité aux propriétaires riverains de la voie publique détruite par les eaux ou autrement, pour la réfection de cette voie (XII Tables, 7, 7 ; D., 8, 6, 14, 1) ; expropriation contre indemnité imposée aux riverains des aqueducs pour le service de ces aqueducs (sénatus-consulte de 743, chez Frontin, de aq. urb. Rom., 125, Girard, Textes, 1895, p. 114), et au profit du particulier qui n'a pas accès à une sépulture (D., 11, 7, 12, pr.), d'où les anciens interprètes ont déduit le droit général d'acheter le passage en cas d'enclave.

Enfin, l'Etat a le droit de faire démolir des édifices dans l'intérêt public (V. pour l'ancien droit : Cicéron, De off., 3, 16 ; pour le nouveau : C., 8, 11, (12), 9).

On voit donc, d'une part le droit absolu de propriété *consacré* par la loi, d'autre part des règles *établies* par la loi, et limitant ce droit de propriété, soit dans l'intérêt des voisins, soit dans l'intérêt public.

Or, les restrictions dans l'intérêt du voisin sont-elles en définitive une restriction au droit de propriété ? Elles restreignent le droit de propriété d'un propriétaire, c'est vrai, mais c'est pour permettre à un autre propriétaire d'user plus complètement de sa chose, et, si on examine attentivement toutes ces règles, on voit que leur but est d'apporter une protection large et efficace à un droit de propriété moyennant une atteinte assez faible à un autre droit de propriété : règles de justice permettant l'application d'un droit naturel. Ces règles ne sont donc pas à proprement parler des restrictions au droit de propriété en général, mais permettent au contraire à ce droit de se manifester plus complètement. Elles sont établies non pas contre le droit de propriété que les Romains considéraient comme un droit naturel et sacré, mais dans le sens même de ce droit naturel.

Mais ces règles conformes au droit naturel sont parfois mises en échec par des considérations d'un ordre *supérieur*, je veux dire lorsqu'il s'agit de l'intérêt de la République, « *cum rei publicae intersit* ». Les règles protectrices du droit de propriété individuelle sont alors abandonnées. Il en est ainsi pour les restrictions, universellement appelées d'intérêt public, apportées au droit de propriété non pas pour étendre un droit individuel de propriété, mais pour les besoins de la navigation, ou pour la beauté des villes, ou pour la santé publique, ou pour la richesse nationale, ou pour la circulation et la sécurité publiques, c'est-à-dire dans des cas où il s'agit de l'intérêt de la chose publique, ou, comme on dirait aujourd'hui, dans des cas qui intéressent l'ordre public.

SECTION II

La protection possessoire

Le droit romain est très respectueux de la propriété, qu'il considère comme un droit sacré et absolu. Et cependant, le préteur a imaginé une protection très ingénieuse pour le simple possesseur, à l'encontre même du *verus dominus*. Savigny, dans son *Traité de la Possession*, explique cette protection possessoire par l'idée de police, de paix, de tranquillité publique. « *Quieta non movere* ». L'ordre matériel ne doit pas être troublé, nul ne doit se faire justice soi-même ; celui qui a la chose en main doit la garder jusqu'à décision de l'autorité judiciaire. Si tels ont été les mobiles du préteur, la protection possessoire romaine est bien fondée sur ce que nous nommons l'ordre public. Mais Ihering (Fondement de la protection possessoire) voit dans la possession autre chose. C'est pour lui « l'ouvrage avancé, le bastion de la propriété ». La protection possessoire a été instituée par le préteur, non pas, dit Ihering, dans un but d'ordre public, mais dans le seul but d'éviter au propriétaire, qui est en général possesseur de sa chose, la preuve de son droit de propriété, cette *probatio diabolica*. Le seul texte que nous ayons, celui de Gaius (4, 148), nous dit que les interdits *retinendae possessionis*, l'*utrubi* et l'*uti possidetis*, ont été introduits en vue du procès réel en revendication pour fixer celui des plaideurs auquel devait être attribuée la possession intérimaire. Ces interdits auraient donc été introduits dans l'intérêt du propriétaire en même temps possesseur, comme le soutient Ihering. Mais on ne peut expliquer ainsi les interdits *reciperandae possessionis* qui ne sont pas liés avec le procès réel. Pour ceux-ci, il semble légitime de penser à l'explication de Savigny. Une violation de l'état de fait a été commise, un interdit est donné pour la

réprimer dans l'intérêt de la paix publique. On peut donc dire que, vraisemblablement, en droit romain, les interdits *retinendae possessionis* ont leur fondement dans l'idée de protection du propriétaire, et les interdits *reciperandae possessionis* dans l'idée de police, d'ordre, et de tranquillité publiques (2). C'est pourquoi le possesseur ne triomphera sur l'interdit conservatoire que s'il a une *possessio non vitiosa erga adversarium*, tandis que, pour l'interdit récupérateur, cette condition n'est pas toujours nécessaire (par exemple pour l'interdit *de vi armata*). Dans un cas, l'interdit est donc donné dans l'intérêt du propriétaire, pour affermir son droit de propriété ; dans l'autre cas, il est donné contre l'intérêt du propriétaire, et non pas pour servir un autre droit de propriété, mais dans un intérêt supérieur : l'intérêt public.

On pourrait peut-être trouver déjà, en droit romain, dans les textes sur l'usucapion, un autre fondement, quoique confus encore, à la protection possessoire : le possesseur qui fait valoir un fonds de terre est plus intéressant pour l'Etat que le propriétaire qui le laisse improductif. Tel est, en effet, le fondement que semble donner Gaius à l'usucapion (Gaius, 2, 44), en reprenant d'ailleurs l'idée de Cicéron. « *Ne rerum dominia in incerto essent* » (*Pro Caecina*, 26). Il ne faut pas que les choses restent dans l'incertitude ; et, quand le propriétaire a eu assez de temps pour réclamer la chose non utilisée par lui, la loi le dépouille de la propriété qu'il n'a pas exercée, ni réclamée ; elle en investit celui qui, depuis lors, s'est comporté sur la chose en propriétaire, et qui l'a acquise par l'usage. Les Romains semblent avoir vu nettement l'avantage qu'a l'Etat à ce que les terres ne restent pas en friche : « *Expedi enim Reipublicae ne sua re quis male utatur* » (Inst., 1, 8, 2). C'était d'ailleurs une des fonctions du Censeur,

(2) En ce sens et un peu différemment : Cuq, *Manuel*, p. 322, n° 2, qui admet que les interdits récupérateurs servirent d'abord à protéger les possesseurs des terres publiques, *agri occupatorii*; cf. *ibid.*, p. 308, n° 3, et HUVELIN, *Cours de droit romain*, 1927, p. 453.

à Rome, de noter et punir ceux qui négligeaient la culture de leurs héritages (V. aussi C., 11, 58, 8 et 16).

Il est vrai que Cicéron dit encore : « L'usucapion est la fin des préoccupations des plaideurs, le moyen d'échapper au péril des procès » (*finis sollicitudinis ac periculi litium*). L'usucapion serait ainsi justifiée par l'intérêt des propriétaires, qu'elle dispense de prouver leur propriété, d'établir que toutes les transmissions successives de la chose ont été faites par des modes légaux, et que l'auteur de la première était propriétaire (*probatio diabolica*). On reviendrait ici à la théorie de Ihering.

On peut conclure que la protection accordée au possesseur avait à Rome, bien qu'assez confusément, un triple fondement : 1° l'intérêt des propriétaires eux-mêmes ; 2° la paix publique ; 3° l'intérêt de la production.

En somme, la protection possessoire, en dehors des rares hypothèses où elle n'a pour but que d'affermir la propriété aux mains du propriétaire, est une protection accordée au possesseur à l'encontre du droit naturel de propriété, dans l'intérêt de la chose publique, autrement dit : de l'ordre public.

SECTION III

Mesures prises pour parer aux dangers de la dépopulation

a) On peut citer en premier lieu les lois caducaires, rendues sous le règne d'Auguste : la loi *Julia de maritandis ordinibus*, de l'année 757 de Rome, et la loi *Papia Poppaea*, de l'année 762, qui complète et modifie sur certains points la loi Julia.

A cette époque, les guerres civiles avaient entraîné une diminution considérable de la population ingénue, et épuisé le trésor public. Dans une société où les mœurs s'étaient singulièrement relâchées, les citoyens s'éloignaient du mariage et évitaient volontiers les obligations qu'impose la paternité. Le législateur se proposa un double but : d'une part régénérer les mœurs et remédier à la décroissance de la population, d'autre part enrichir le trésor (3). Pour y atteindre, il usa à la fois de peines et de récompenses. Les lois caducaires encouragèrent au mariage et à la procréation des enfants légitimes, en frappant de certaines déchéances les célibataires et les gens mariés sans enfant. Elles accordèrent des privilèges à ceux qui avaient satisfait à leurs prescriptions, et attribuèrent, tantôt aux *patres*, tantôt au trésor, certaines libéralités qu'elles enlevaient aux incapables.

Ces lois étaient contraires au principe que tout citoyen romain pouvait être gratifié valablement par testament. Et cette dérogation à un principe de droit naturel était édictée dans l'intérêt du peuple romain personne morale. « *Movebat in se populus romanus* ».

b) Protection de la dot : Auguste, pour faciliter le mariage, avait obligé les pères à doter leurs filles. Pour faciliter le remariage de celles-ci, il fallait que leur dot leur soit rendue. Or, la dot devenait la propriété du mari qui pouvait en disposer comme de ses biens propres. D'où la nécessité de règles nouvelles contraires au droit antérieur absolu du mari. Le système, qui se résumait auparavant dans l'acquisition de la dot en pleine propriété par le mari, a désormais deux termes : la constitution et la restitution. En conséquence, on a pu se demander si, pour mieux assurer la restitution après le mariage, il ne convenait pas de restreindre pendant le

(3) « *Materiam caducorum, ex bellis ortam et auctam civilibus, quae in se populus movebat* », C., 6, 51. Et TACITE, *Ann.*, 3, 25 : « *Relatum deinde de moderanda Papia Poppaea, quam Senior Augustus, post Julia rogationes, incitandis caelibus poenis et augendo aerario sanxerat* ».

mariage les pouvoirs du mari. C'est la considération qui a conduit Auguste à faire voter la Loi Julia *de fundo dotali*, et surtout le chapitre relatif au fonds dotal de la loi Julia *de adulteriis*, défendant au mari d'aliéner l'immeuble dotal italique sans le consentement de la femme. Ces restrictions au pouvoir absolu du mari sur les biens de sa femme ont été apportées dans l'intérêt public, car « *Reipublicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possint* » (D., 23, 3, 2).

Sous Justinien, le système changea d'assises. Le mari n'acquiert plus la propriété de la dot, mais ce n'est pas alors pour faciliter le remariage, vu avec défaveur par le droit chrétien. Dans une Constitution de 529 (C., 5, 12, 30), Justinien dit, en effet, que, si la dot appartient au mari par une subtilité du droit (*secundum legum subtilitatem*), elle est la propriété de la femme d'après le droit naturel (*ex naturali jure*). Il permet à la femme, en conséquence, de réclamer la restitution des biens dotaux existants, tant par une action réelle en revendication que par une action hypothécaire. Les règles du régime dotal (restitution et inaliénabilité), eurent désormais pour fondement non plus un intérêt public, mais le droit naturel de la femme. A l'époque classique, elles étaient une restriction au droit naturel du mari dans l'intérêt public ; sous Justinien, elles deviennent une incapacité de la femme, protection de la femme qui s'étendit plus tard à la famille.

c) Affranchissements : Le principe de l'esclavage, bien que déclaré « *contra naturam* » par les jurisconsultes de l'époque impériale (D., 1, 5, 4, 1), a toujours été accepté à Rome comme étant légitimé par le droit de la guerre (D., 1, 5, 4, 2), ou comme une nécessité économique et sociale, et cela même sous Justinien.

Les lois qui permettent et réglementent l'affranchissement seront donc dans le sens même du droit naturel. Mais, à la fin de la République, les affranchissements étaient devenus si nombreux qu'ils en étaient un danger public : une crise de

dépopulation sévissait alors à Rome, les familles aristocratiques ne se perpétuaient pas, le nombre des citoyens d'origine romaine diminuait. Or, en principe, l'affranchi devenait citoyen, d'où un nombre sans cesse grandissant de citoyens qui n'étaient que des esclaves récemment affranchis, esclaves de toutes races, de moralité douteuse. Cependant, durant la République, on s'est borné à exiger de l'auteur de l'affranchissement la propriété de l'esclave et la capacité d'aliéner, indispensables à la validité de tout acte de disposition. « On n'a pris aucune précaution préventive, d'ordre public, contre les créations de nouveaux citoyens qui pouvaient être ainsi réalisées » (Girard, op. cit., p. 115). Il y avait bien, depuis l'an 397, un impôt de cinq pour cent sur les affranchissements (*vicesima libertatis*) ; mais cela paraît avoir été surtout une mesure fiscale. Les garanties étaient uniquement cherchées, après coup, dans les infériorités politiques dont étaient frappés les affranchis.

Vers le début de l'Empire, au contraire, on recourut à des mesures directement préventives. Ce fut l'objet des lois *Fufia Caninia* et *Aelia Sentia* qui restreignirent les affranchissements testamentaires (Gaius, 1, 42 à 46), et subordonnèrent l'affranchissement d'un esclave de moins de trente ans, ou celui fait par un maître de moins de vingt ans, à la justification d'un motif sérieux devant le magistrat assisté d'un « *consilium* ».

Toutes ces mesures, d'ordre public, ont directement en vue la chose publique, l'augmentation et l'amélioration de la population, et s'appliquent au mépris des droits naturels reconnus à l'homme.

SECTION IV

Les délits

Il est une conception commune à tous les hommes primitifs : c'est que la victime d'un tort a le droit d'en tirer ven-

geance en causant à l'auteur de ce tort un préjudice équivalent.

Cette conception du droit naturel de vengeance, on la trouve à Rome et dans toutes les sociétés primitives ; on la retrouve postérieurement à l'époque romaine, et même encore aujourd'hui, non seulement chez les populations sauvages, mais chez des populations étroitement parentes des peuples civilisés, pour lesquelles des circonstances quelconques ont produit un arrêt de développement ou un recul ⁽⁴⁾.

En droit romain classique, Cicéron (*De inventione*, 2, 53, 161) met au nombre des notions qui composent le droit naturel : la *vindicatio*, « *per quam vis et injuria, et omnino omne, quod ob futurum est, defendendo aut ulciscendo propulsatur* », idée reprise au Digeste par Florentinus (D., 1, 1, 3) ⁽⁵⁾. Aux *Topiques* (23, 90), Cicéron dit plus nettement encore que la mise en œuvre du droit naturel comporte l'attribution à chacun de ce qui lui revient, et le droit de *vindicatio* : « *Natura partes duas, tributionem sui cuique et ulciscendi jus* ».

Cependant, seuls les délits privés, c'est-à-dire les dommages causés par un particulier à un autre particulier, étaient soumis à ce régime. Toute société, même à ses débuts, s'est toujours reconnu le droit de punir et de juger certains crimes : ceux qui portent atteinte à l'existence même du groupe, par exemple les crimes de trahison, de désertion ou de sacrilège (le sacrilège risquant d'amener sur tout le groupe de terribles châtiments). Ces actes ont été très vite considérés comme des délits publics, jugés et punis par la société elle-même, sanctionnant ainsi les devoirs que tout individu faisant partie

(4) V. pour le droit celtique : D'ARBOIS DE JUBAINVILLE, *Etudes sur le droit celtique*, 1875, p. 79 et s. — Pour le droit des populations iraniennes du Caucase : KOVALEWSKI, *Coutume contemporaine et loi ancienne*, 1893, p. 237 et s. — Pour le droit germanique : BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 1, § 21 et 22; et pour le droit scandinave : K. VON AMIRA, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, 1882, § 54, 58; 92, 93.

(5) Le texte fait sans aucun doute allusion à la *vindicatio*, comme en témoigne la comparaison de : « *ut vim atque injuriam propulsemus* » avec le passage précité de Cicéron.

d'une collectivité doit à cette collectivité. Le mot : *ordre public* vient ici tout naturellement à l'esprit. Tout acte qui porte directement atteinte à la nation, est réprimé comme *majestatis crimen*, expression qui finit par englober, et le peuple romain, et l'Etat, et l'Empereur avec tous ses fonctionnaires.

Mais, avec le développement du concept d'Etat, le pouvoir public élargit la notion de délit public, empiète sur le droit de vengeance privée, et finit par le supprimer complètement. L'Etat comprend la nécessité pour lui « de ne pas limiter les poursuites aux infractions dirigées contre la chose publique, mais à celles qui, dirigées contre les particuliers, troublent l'ordre public en raison de leur gravité » (L. et H. Mazeaud, Respons. civ., t. 1, p. 19) ⁽⁶⁾. Il commence donc à punir les crimes comme le meurtre, l'incendie ⁽⁷⁾. Puis, grâce au système de la composition, facultative d'abord, obligatoire ensuite, l'Etat finit par supprimer tout à fait le droit pour la victime de se venger. La victime aura désormais le seul droit de dénoncer le délit et de demander la réparation pécuniaire du préjudice par elle subi.

A Rome, cette évolution se manifeste nettement. Dans la Loi des XII Tables, le droit de vengeance subsiste encore (*furtum manifestum*). Tantôt la vengeance est limitée au talion (*injuria* par rupture d'un membre), tantôt la composition est volontaire (« *ni cum eo pacit* »), tantôt elle est légale, l'amende est fixe. Mais, sous la République, on multiplia le nombre des *délits* privés, transformant en faits illicites des actes anciennement tolérés. La loi Aquilia, en punissant les dommages causés à tort à autrui (*damnum injuria datum*),

(6) V. aussi : GIRARD, op. cit., p. 413, note 2; J. DUQUESNE, *Compte rendu critique* (Rev. hist. de dr. fr. et étranger, 1928, p. 470 et s.); DE VISSCHER, *La formule Parricidas esto, et les origines de la juridiction criminelle à Rome* (Bull. de l'Acad. royale de Belgique, classe des Lettres, 5^e série, t. XIII, n° 6, p. 298-322); MEYLAN, *L'étymologie du mot : parricide, à travers la formule : « Parricidas esto » de la loi romaine*, Lausanne, 1928.

(7) Certains de ces délits ont été réprimés dès la plus haute antiquité par le droit religieux, le *fas*; d'autres ont été réprimés par des lois ou par des constitutions impériales : les principaux sont énumérés par les Institutes de Justinien, 4, 8. — Voir aussi D., 48, 4, 1.

ouvrait le champ à des applications presque indéfinies. De plus, les préteurs, en créant le délit prétorien, réprimèrent par des actions spéciales un nombre considérable d'actes dommageables (exemple : le *damnum in turba datum*, le *damnum hominibus coactis datum*, le fait de corrompre le moral d'un esclave sanctionné par l'action *servi corrupti*, le fait de couper par surprise les arbres d'autrui sanctionné par l'action *de arboribus furtim caesis*). Enfin, quand un dommage est causé par dol, le préteur donne l'action *de dolo*.

En même temps, les préteurs éliminaient en matière de *furtum* et d'*injuria* les derniers actes de vengeance privée, et les remplaçaient par des actions pénales. La vengeance privée n'existait plus.

Cette répression publique, se substituant, dans l'intérêt de l'Etat et de l'ordre social, au droit primitif et naturel de vengeance privée, constitue un ensemble de mesures d'ordre public.

SECTION V

L'ordre public dans le droit romain

Il résulte de ces différents exemples pris à travers tout le droit romain, que la notion d'ordre public existait à Rome dans le droit privé, sous la forme d'intérêt de la chose publique. On l'invoquait quand il s'agissait de paralyser un droit individuel, droit naturel reconnu et consacré par la loi, dans l'intérêt de la paix publique, ou de la santé publique, ou de la beauté publique, ou de la richesse publique, c'est-à-dire pour la prospérité et la grandeur de l'Etat.

Lorsque la loi impose des règles limitant un principe de Droit dans un but de justice ou de moralité, ces règles n'ont

pas pour but l'ordre public, mais « *bonum et aequum* ». C'est pourquoi les restrictions apportées par la loi au droit de propriété dans l'intérêt du droit de propriété des voisins, n'ont pas un but d'ordre public. De même, les lois restreignant la *patria potestas* au profit des esclaves et des fils de famille ne font pas appel à l'intérêt de la chose publique. De même encore, les règles relatives à la restitution et à l'inaliénabilité de la dot sous Justinien, ayant pour fondement le droit naturel, ne sont pas des règles d'ordre public ; alors que sous Auguste, ces règles n'ayant pas été reconnues comme étant de droit naturel, mais ayant pour seul but de lutter contre la dépopulation, avaient un but d'ordre public. On peut encore citer la prohibition des donations entre époux, qui, introduite d'après Ulpien par la coutume, « *moribus* » (Ulpien, D., 24, 1, 1), pour éviter les entraînements qui résultent d'une affection réciproque, et aussi pour empêcher un époux menaçant d'un divorce de se faire acheter la paix du ménage à prix d'argent (Africain, d'après Paul, D., h. t., 2), a un but de justice et d'équité, et non un but d'ordre public ; tandis que les lois caducaires, en rendant inefficaces les donations faites aux *caelibes* ou aux sans enfant, ont uniquement en vue la prospérité de l'Etat au détriment d'un droit naturel, et sont d'ordre public.

Cette distinction, dira-t-on, est arbitraire, et, s'il me plaît de l'inventer, ce n'est pas une raison pour que d'autres esprits l'acceptent.

Ceci n'est point une invention. C'est une distinction tirée de la notion même du Droit. Le Droit (*jus*) est « l'ensemble des règles imposées par une contrainte extérieure qui régissent les rapports des hommes entre eux » (Girard, Droit romain, p. 1) ; cette contrainte extérieure n'a pour but que de faire régner parmi les hommes la justice, qui est « *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* » (Ulpien, D., 1, 1, 10, pr. = Inst., 1, 1, pr.). Le Droit est « *ars aequi et boni* » (Celse, cité par Ulpien, D., h. t., 1, pr.). La science du

Droit est « *justi atque injusti scientia* » (Ulpien, D., h. t., 10, 2 = Inst. h. t., 1).

Pour les juriconsultes romains, le but premier du Droit est donc de faire régner la justice parmi les hommes, c'est-à-dire de poser des principes juridiques conformes au droit naturel, et de n'apporter d'exceptions à ces principes que pour permettre l'application d'autres principes également fondés sur le droit naturel. Ce droit naturel, antérieur à la formation des Etats et indépendant de leur organisation, est pour les Romains un mélange de justice et de morale. « Le Droit, dit Cicéron (*De inventione*, 2, 53, 161), ne trouve pas son principe dans une opinion mais dans la nature ». « Au surplus, déclare-t-il ailleurs (*De legibus*, 1, 16, 44), ce n'est pas seulement le *jus* et l'*injuria* qui sont distingués par la nature ; c'est encore d'une manière générale l'honnête et le honteux, une intelligence commune les a fait pénétrer dans les esprits ; et faire dépendre cette notion de l'opinion au lieu de la placer dans la nature, c'est de la démence ».

Mais le droit, étant établi et sanctionné par les chefs des Etats organisés, a un autre but, qui, bien que non mentionné par les juriconsultes dans leurs principes généraux, est cependant admis par eux : ce but, c'est de maintenir et préserver l'organisation de l'Etat constitué, et d'empêcher qu'en s'appliquant, les principes posés dans une idée de justice ne nuisent à la puissance et à la prospérité de cet Etat. Il ne s'agit plus ici de principes d'équité proposés aux citoyens romains en tant qu'hommes gouvernés par un seul pouvoir, et ayant pour but d'attribuer à chacun ce qui lui est dû selon la plus grande justice possible, mais de règles imposées aux citoyens romains en tant que citoyens formant un peuple, personne morale vivant d'une vie distincte des individus qui la composent ; ces règles ont pour but d'organiser, de consolider et d'accroître cette personne morale (8). C'est lorsqu'il

(8) « *Justitia est habitus animi, communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem* », CICÉRON, *De inventione*, 2, 53, 160.

s'agit d'imposer ces règles qui violent la justice naturelle et qui sont parfois contraires à l'intérêt des individus, que l'on fait appel à l'intérêt de la « chose publique ».

Les lois qui sont proposées ou imposées aux citoyens au nom du droit naturel, sont des principes juridiques. Les lois qui sont imposées aux citoyens à l'encontre de l'application d'un droit naturel, en se justifiant par l'intérêt de la chose publique, sont des lois d'ordre public. Et c'est bien ainsi que l'entendait Justinien dans sa définition du *jus publicum*, opposant, d'une manière implicite, à ce que Cicéron appelait le *statum naturae* (ordre naturel), le *statum rei romanae*, c'est-à-dire l'ordre public.

On peut donc dégager, dès le droit romain, deux caractères de la notion d'ordre public en droit privé :

A. Il est invoqué pour paralyser un principe de droit naturel dans un intérêt supérieur.

B. Cet intérêt supérieur est la prospérité et la grandeur de Rome (?).

(9) Cette idée de la grandeur de Rome s'imposait avec force aux Romains, et surtout aux Romaines de haute naissance, même dans leur vie privée. On leur proposait pour seule raison de vivre la possibilité de concourir à l'équilibre d'un ordre social qui résumait pour elles tout l'idéal, on les formait pour la grandeur de Rome; v. *Agrippine et Messaline*, par G. FERRERO.

CHAPITRE II

Le droit canonique

Si la notion d'ordre public est liée à la notion d'Etat, peut-on en retrouver des traces dans le droit canonique, droit institué en vue d'un royaume « qui n'est pas de ce monde » ? Cela semble difficile.

Cependant, en examinant la question de plus près, on voit que, si la chrétienté ne forme pas un Etat, elle a néanmoins une organisation propre qui a nom l'Eglise, et des règles propres définissant, soit les rapports des fidèles et de l'Eglise, soit les rapports des fidèles entre eux. Et le Droit canonique embrassant « la vie tout entière de l'Eglise en tant qu'elle est organisée selon des formes et des institutions déterminées » (Docteur Fred. H. Vering, Droit canon, p. 6), ne peut-on, dans cette organisation temporelle, trouver quelque chose qui ressemble à notre notion d'ordre public ? C'est ce que je vais essayer de rechercher, en étudiant quelques règles du droit canonique.

SECTION I

Organisation de l'église

L'Eglise a deux faces, deux fins, deux missions : définir et régler d'une part les rapports de l'individu avec Dieu, et d'autre part les relations terrestres des membres de l'Eglise entre eux et avec la société visible de l'Eglise.

Or, « pour ce qui concerne les rapports de l'organisme visible de l'Eglise en ce monde, il faut non seulement une société religieuse, mais une société extérieurement constituée, un ordre de choses légal, de même que pour toute société en général » (*ibid.*, p. 28). D'où deux sortes d'obligations prescrites par l'Eglise : celles qui intéressent la vie morale et religieuse des fidèles, et celles qui intéressent l'existence même de l'ordre ecclésiastique (par exemple l'obligation de payer des impôts à l'Eglise). Les premières sont de droit divin, les secondes sont de droit ecclésiastique, c'est-à-dire qu'elles sont aussi indépendantes de la loi divine que les règles du droit public des Etats le sont de la Loi Naturelle. Elles s'imposent comme le droit public des Etats, au nom de la Société organisée qui les a édictées en vue de sa propre existence. Elles ont donc les caractères de nos règles de droit public qui sont, d'après l'opinion générale, d'ordre public.

Mais l'Eglise a été plus loin et plus haut que Rome dans cette conception de l'ordre public : les Lois qui règlent son organisation n'ont pas pour fin cette organisation elle-même. L'Eglise est investie d'une mission divine, elle se considère comme nécessaire au bien des peuples et au salut des individus. Et elle justifie les lois intéressant son existence non pas par le seul fait de cette existence, mais par le fait que cette existence est nécessaire au bien commun. Celui qui est entré dans l'Eglise a, par cela même, manifesté sa volonté et assumé l'obligation d'obéir à ses lois (lesquelles lois ont pour but le bien commun et le salut des individus). Partant de cette affirmation, l'Eglise établit que ces lois ne sont pas contraires au libre arbitre et reposent sur un commandement divin. L'Eglise doit, en conséquence, les maintenir malgré les résistances individuelles, pour le plus grand bien des fidèles. L'ordre public se fonde ici dans l'ordre divin.

SECTION II

Suprématie du pape

« L'Eglise ne peut exister que par l'unité ; l'unité, à son tour, que par la suprématie » (Walter, Manuel de dr. ecclés., p. 168). La suprématie est donc née en même temps que l'Eglise dont elle est un élément essentiel. Bien mieux, elle porte abstractivement l'Eglise en elle, parce que l'Eglise n'est que là où est l'unité (1). Et parce que l'unité est une loi divine, la suprématie en est une aussi, et s'impose aux fidèles.

Mais, toutes les fois que, par les applications qu'en fera le Pape, la suprématie portera atteinte à l'existence de l'Eglise ou compromettra sa mission, il n'y aura plus lieu de la respecter. « *Licet resistere pontifici invadenti animas vel turbanti rempublicam, et multo magis si Ecclesiam destruere videtur, licet, inquam, ei resistere, non faciendo quod jubet, et impediendo ne exequatur voluntatem suam. Non tamen ei judicare vel punire, vel deponere, quod non est, nisi superioris* » (V. Walter, *op. cit.*, p. 170).

C'est pourquoi certains auteurs ont distingué les droits de la suprématie en droits essentiels et en droits accidentels. Les droits essentiels seraient ceux qui découlent de l'idée même de suprématie comme une conséquence nécessaire. Les droits accidentels se fonderaient uniquement sur l'intérêt de l'Eglise. Et, partant de là, on a même posé cette thèse que les droits accidentels, comme provenant uniquement d'une délégation de l'Eglise, pourraient être repris même contre la volonté du Pape lorsque l'intérêt de l'Eglise le réclamerait. Cette thèse, soutenue notamment par Sauter, a été accueillie avec une vive approbation par Eichorn. Walter, au contraire, la déclare insoutenable. « On ne réussit pas, dit-il, à justifier

(1) C'est l'idée qu'ont développée SAINT CYPRIEN dans son traité : *De unitate Ecclesiae*, et BOSSUET dans son *Discours sur l'Unité*.

par l'intérêt de l'Eglise ces mesures de violence, parce que, sur la question même d'intérêt, les membres ne peuvent pas s'ériger en juges contre la tête » (Walter, op. cit., p. 178). D'ailleurs, Walter déclare impossible de fixer dans le détail les limites absolues des règles de la suprématie, par la raison que « le maintien de l'unité et l'intérêt de l'Eglise peuvent exiger dans un temps des mesures auxquelles on ne penserait pas dans un autre » (op. cit., p. 172).

De même, l'épiscopat a été institué directement par Jésus-Christ pour continuer et accomplir la mission conférée aux Apôtres. Et parce que les Apôtres avaient reçu leur mission ensemble, comme une unité, le pouvoir apostolique réside dans l'ensemble de l'épiscopat qui est *un*, et se répand sur chacun des membres. Le pouvoir apostolique des Evêques est donc aussi une loi divine. Tous les instituts ecclésiastiques d'un diocèse seront en conséquence soumis à l'autorité de l'évêque ; mais il en sera autrement toutes les fois qu'une autorité supérieure et sous laquelle ils sont directement placés, les exemptera de ce devoir, dans l'intérêt de l'Eglise et pour des motifs légitimes (Greg., V, 33 ; Sext., V, 7 ; Clem., V, 7).

Par ailleurs, sur des points de dogme et de morale, témoignage suprême de l'Eglise sur la doctrine dont elle a reçu la tradition, les décisions d'un Concile général constituent une règle absolument invariable, et ses dispositions disciplinaires ne peuvent, d'après l'esprit de l'Eglise, être arbitrairement supprimées, même par le Pape. Sous ce rapport, le Pape est donc soumis aux Conciles généraux. Mais il est fait exception à ce principe lorsque l'intérêt de l'Eglise le réclame, « *ubi Ecclesiae vel necessitas vel invitat utilitas* » (Thomassin, *Vet. et nova eccles. discip.*, P. II, Lib. III, c. 28).

Ainsi, le principe de la suprématie du Pape et du pouvoir apostolique des Evêques, bien qu'étant une loi divine, est restreint, quant à son application, toutes les fois que l'intérêt de l'Eglise et le bien des fidèles l'exigent. De même, c'est une

loi naturellement admise par l'Eglise que les Conciles généraux représentent l'universalité de l'Eglise, et tranchent souverainement les questions de dogme et de morale conformément à la tradition ; mais cette règle est écartée quand l'intérêt de l'Eglise le réclame.

Cet intérêt de l'Eglise, ce bien commun, qui viennent empêcher l'application d'une loi divine ou naturelle, n'est-ce pas tout proche de ce que nous nommons ordre public ?

SECTION III

Admission de la coutume dans le droit canonique

« Les hommes, dit Gratien, sont conduits par le droit naturel et par les mœurs. » Le droit naturel est un droit pour ainsi dire inné au cœur de l'homme ; « car lorsque les gentils, qui n'ont point la loi, accomplissent naturellement ce qui est de la loi..., ils montrent ainsi que le fond de la loi est gravé dans leur cœur, par le témoignage que leur rend leur conscience, et par les pensées qui les accusent ou les justifient » (St Paul, Rom., II, 13). Les mœurs forment la coutume, « *mos* », qui établit un droit au même titre que la loi. Tout ce qui repose sur une raison de droit intrinsèque, « tout ce qui convient à la religion, à la discipline, au salut, tout cela est loi » (Gratien). Mais le droit coutumier n'a force de droit, continue Gratien, que lorsqu'il n'est pas en conflit avec le droit naturel et avec les lois de l'Eglise nécessaires à l'unité. La coutume ne peut donc devenir loi que si (Vering, *op. cit.*, p. 662) :

a) elle n'est pas contraire au droit divin, à la révélation, à la foi, aux principes fondamentaux de la morale, — et à la tradition ecclésiastique.

b) elle ne permet pas des actes que l'Eglise, en vertu de

sa morale, de son droit législatif, « ou pour d'autres raisons » (Vering, op. cit.), défend comme coupables et criminels.

c) elle ne porte pas atteinte à la constitution et à la discipline ecclésiastiques — et d'une façon générale à l'Eglise.

d) elle ne s'oppose pas aux lois édictées pour des motifs de bien général.

e) elle ne se présente pas, eu égard aux circonstances, comme « déraisonnable ».

On voit, par cette énumération, que, lorsque le droit divin n'est pas en cause, les coutumes qu'on rejettera seront celles préjudiciables soit à la vie de l'Eglise, soit au bien général, ces deux choses étant appréciées « eu égard aux circonstances ». Une coutume qui semblait raisonnable à tel moment, présente donc dans une situation différente un caractère tout différent. « On peut établir en principe qu'une coutume est raisonnable lorsqu'elle n'est pas contraire aux principes fondamentaux du droit ecclésiastique et qu'elle ne trouble pas l'ordre légal nécessaire à l'Eglise pour accomplir sa mission religieuse. » Et Vering ajoute : « C'est au juge qu'il appartient de décider ce point. »

On reconnaît, en somme, que la coutume est une source naturelle du droit et qu'elle a force obligatoire, mais qu'il sera fait échec à ce principe toutes les fois que la loi naturelle elle-même, l'intérêt de l'Eglise, ou le bien général l'exigeront. Lorsque l'application d'une loi générale ne concorde plus avec le bien du tout ou des parties, écrit Walter (op. cit., p. 233, § 175), le principe d'une justice plus élémentaire commande d'y apporter des exceptions ».

Mais qu'est-ce donc que cette justice plus élémentaire, au nom de laquelle Walter prétend faire échec à une loi de Justice absolue ? Qu'est-ce donc que cet ordre légal, sinon l'équi-

valent de notre ordre public ?

SECTION IV

Empêchements au mariage

« Comme la source et l'origine de la société civile consistent en celle du mari et de la femme, les Princes peuvent et qui plus est, sont obligés par état d'établir des Loix pour régler cette alliance, afin que les droits de la Justice naturelle et civile y soient conservés. Et depuis que cette conjonction qui n'était originairement qu'un contrat civil a été sanctifiée par le Sacrement, les Evêques sont obligés de veiller à ce que ces actions mystérieuses se passent avec le respect et la sainteté requises, et se conservent dans la pureté prescrite par la Loi de l'Evangile » (Guy du Rousseaud de Lacombe, Rec. de jur. can. et bénéf., V^o Empêchements de mar.).

Le mariage est donc en même temps contrat naturel, contrat civil, contrat ecclésiastique, et sacrement. Il suit de là qu'il doit être réglé par la loi naturelle, la loi divine, la loi positive humaine et politique, et la loi positive ecclésiastique. D'où les empêchements de mariage seront établis par ces quatre sortes de Lois. Il y en aura donc de droit naturel, comme l'erreur quant à la personne, la violence, l'impuissance, etc... Il y en aura de droit divin, comme le lien d'un autre mariage qui subsiste, empêchement qui a été établi par l'Ancien Testament et rétabli par le Nouveau. Il y en aura aussi de droit positif ecclésiastique établis par l'Eglise, comme le rapt et la clandestinité. Enfin il y en aura de droit positif humain et politique que les Princes peuvent établir, comme à Rome l'interdiction du mariage d'un homme libre avec une esclave, l'incapacité de se marier qui frappa jusqu'au iv^e siècle les soldats sous les drapeaux, ou la prohibition du mariage entre patriciens et plébéiens jusqu'à la Loi Canuleia en l'an 309 de Rome. « *Et ideo ex qualibet dictarum legum, na-*

turae, humanae, et divinae, potest persona effici illegitima ad matrimonium », dit St Thomas.

Sur quoi sont donc fondés les empêchements du droit ecclésiastique non prescrits par la loi divine ? Voyons par exemple la clandestinité, c'est-à-dire le fait de n'avoir pas célébré son mariage en face de l'Eglise, ou de l'avoir, après sa célébration, tenu secret. Si l'on consulte les anciens monuments de l'Eglise, on voit que, dès les premiers temps, les chrétiens célébraient leur mariage dans l'assemblée des fidèles et sous les auspices d'un prêtre qui leur donnait la bénédiction nuptiale. Cependant, on ne regardait pas cette cérémonie comme essentielle, et un mariage se contractait valablement par le seul consentement des parties. Le chapitre 9 de la Décrétale d'Alexandre III (*de spons. et matrim.*) prouve que, jusqu'au xii^e siècle, on n'exigeait pas autre chose pour la validité d'un mariage. Ce fut seulement le Concile de Trente qui, pour remédier aux abus de la clandestinité des mariages, exiga qu'ils fussent contractés en présence du propre curé des parties.

Cette réforme avait pour but : 1^o créer une preuve des mariages « afin que les conjoints ne puissent pas se séparer l'un de l'autre par caprice et mauvaise humeur » (du Rousseaud de Lacombe, op. et loc. cit.), et pour assurer plus de certitude à l'état des personnes ; 2^o rendre les mariages publics à cause des effets y attachés par la loi civile quant aux personnes et aux biens. C'est donc en vue de la moralité publique et de l'intérêt général que cette réforme, au mépris de la loi naturelle jusqu'alors respectée, fut adoptée, après d'ailleurs de grandes discussions (2).

Ce mélange de moralité publique et d'intérêt général est

(2) Plusieurs théologiens dont MAILLARD, doyen de la Sorbonne, soutenaient que l'Eglise n'avait pas le pouvoir de faire que ce qui était valide suivant les formes d'alors, ne le fut pas toujours en observant les mêmes formalités. Le Jésuite SALMERON, au contraire, disait que les formalités étant quelque chose d'accidentel, l'Eglise pouvait les changer, et dès lors exiger, pour la validité d'un mariage, qu'il fut publié.

ce que St Thomas appelait : « le bien commun » (3). Ce bien commun ne se confond pas avec l'intérêt public.

L'intérêt public est l'intérêt de l'Etat, personne morale, ou l'intérêt des citoyens en tant qu'ils concourent à la prospérité de l'Etat.

Le bien commun, c'est la prospérité de la collectivité en tant qu'elle apporte à chacun de ses membres une existence morale et féconde.

Dans les règles fondées sur l'intérêt public, le but visé est la prospérité du tout. Dans les règles constituées en vue du bien commun, le but visé est le bien des parties de ce tout. Dans les deux cas, ce n'est plus l'homme en tant qu'homme qui est le but, c'est l'homme en tant que membre d'une collectivité, le fidèle ou le citoyen, l'homme *social*. Mais dans le premier cas il est *moyen* et dans le deuxième cas il est *fin*.

SECTION V

L'ordre public dans le droit canonique

Nous voyons donc, dans le droit canonique comme dans le droit romain, une notion, liée à l'existence d'une collectivité organisée, se dresser pour faire obstacle à l'application d'une loi naturelle ou divine, c'est-à-dire de règles découlant comme des conséquences nécessaires de principes fondamentaux antérieurs au droit écrit.

Cette notion ressemble beaucoup à ce que nous appelons aujourd'hui ordre public. Elle se présente dans le droit ecclésiastique avec les caractères suivants :

A. — Elle vient empêcher l'application d'un principe de droit divin ou naturel dans un intérêt supérieur.

(3) Les Canonistes reconnaissaient d'ailleurs aux Princes dont le devoir est de « policer les affaires qui regardent la société civile », le droit d'établir des empêchements de mariage « suivant qu'ils le jugeaient convenable au bien de leurs Etats » (Guy DU ROUSSEAUD DE LACOMBE, *op. et loc. cit.*).

B. — Cet intérêt supérieur est l'intérêt de l'Eglise et le bien commun.

Mais, en droit canonique, la loi divine ou naturelle ayant la volonté de Dieu pour fondement et le salut des hommes pour objet, l'obstacle qui viendra empêcher son application ne pourra venir que de Dieu ; et, s'il s'appuie extérieurement sur l'intérêt de l'Eglise et le bien commun, son but véritable et dernier ne peut être que le salut des âmes. L'Eglise est la structure vivante nécessaire pour soutenir les hommes et les porter à travers leur existence temporelle à la vie éternelle. Son devoir est donc : 1° de protéger sa propre existence indispensable au salut des âmes ; 2° de donner aux fidèles l'existence féconde qui doit les conduire à la vie éternelle. L'Eglise devra édicter des règles dans ce double but, et les maintenir même si elles font obstacle à l'application d'un principe général de droit divin. Et, ce faisant, bien loin d'aller à l'encontre du droit divin, elle va au contraire dans le même sens que lui. Elle l'empêche de s'appliquer dans sa lettre pour qu'il s'applique mieux dans son esprit.

Ainsi se dégage une notion très proche extérieurement de la notion d'ordre public telle qu'elle existe en droit romain, mais qui en diffère pourtant essentiellement : alors qu'en droit romain, l'intérêt de l'Etat et l'intérêt public avaient pour but dernier la Rome déifiée dont la seule fin était d'exister et de croître, en droit canonique au contraire, l'intérêt de l'Eglise et le bien commun ne s'imposent que comme instruments de la volonté de Dieu.

A Rome, l'ordre public lutte au nom de l'Etat contre l'ordre naturel fondé sur l'idée d'homme. Dans le droit canonique, l'ordre public, défenseur de la chrétienté, s'intègre dans l'ordre divin reposant sur l'idée d'âme humaine.

Dans l'un et l'autre cas, l'ordre public arrête l'application d'une loi éternelle au nom d'une collectivité organisée, collectivité étant seulement regardée dans le premier cas comme une fin, dans le deuxième cas comme un moyen.

CHAPITRE III

L'ancien droit français

La conception canonique de l'ordre public est en partie passée dans l'ancien droit. L'Eglise avait posé le principe que le Sacerdoce et l'Empire étaient deux puissances « établies de Dieu pour régler les hommes et les conduire à leurs fins par des voies différentes » (Du Rousseaud de Lacombe, op. cit., V^e empêchement de mariage, sect. 88). L'Etat était donc, comme l'Eglise, une institution divine. Et il n'avait pas d'autre mission que « de fournir aux individus les moyens d'atteindre à leur destination religieuse en vivant selon les principes de droit conformes à la loi divine » (Vering, op. cit., p. 21). L'Etat avait donc, comme l'Eglise, un double but : permettre aux âmes d'atteindre la vie éternelle, et veiller au bien commun. Et, toutes les fois qu'un principe de droit naturel s'avérait, dans son application, contraire à l'existence de l'Etat ou au bien commun, on le repoussait au nom de l'ordre public.

Mais d'autre part, les romanistes du XIII^e et du XIV^e siècles ont cherché, pour reconstituer l'unité du royaume, à ressusciter la notion romaine de souveraineté nationale, de *res publica* qui est à elle-même sa propre fin et devant laquelle tout doit s'incliner.

La notion d'ordre public commence à devenir plus complexe.

Petit à petit, s'affirmant dans sa lutte contre l'Eglise, le Roi, les individus, naît et grandit en France l'idée de Nation.

Et l'ordre public passe au service de la Nation.

SECTION I

Souveraineté nationale en face de l'église

La mission de l'Eglise est de travailler au bien des peuples et au salut des individus. Il est donc de l'essence du christianisme « de pénétrer la vie civile et publique, et de transformer le corps social en un Etat chrétien où la majesté de la religion est reconnue, honorée, et protégée même par l'autorité souveraine » (Walter, op. cit., p. 47, § 41). La seule raison d'être de l'Etat est d'assurer aux individus les moyens de vivre suivant la loi divine, pour arriver à la vie éternelle. Et, sous l'influence de l'Eglise, l'idée s'accrédita que le monde est régi par deux puissances qui doivent mutuellement s'entraider, l'une par la prière, l'autre par la foi et le dévouement, pour le bien de l'humanité. Mais, si chacun de ces deux pouvoirs est souverain dans sa sphère, au point de vue chrétien cependant, la puissance spirituelle ayant pour objet ce qui est essentiel et éternel : le salut des âmes, doit être tenue pour la plus élevée (V. Boniface VIII, *in cap. Unam sanctam*, I, 8 ; et Vering, op. cit., p. 124).

Tels sont les principes généralement admis dans l'ancien droit. Domat reconnaît que la religion est « le principe de l'ordre où devrait être la société ». Et il affirme que Dieu met dans les mains de ceux qui tiennent la première place du gouvernement l'autorité souveraine et les divers droits nécessaires pour maintenir l'ordre de la société suivant les lois qu'Il y a établies. (Loix civ. dans leur ordre natur., ch. IX).

Cependant, le Sacerdoce et la Royauté, considérés d'abord comme « les deux membres du corps vaste et sacré de la chrétienté » (Walter, op. cit., p. 49), se séparaient peu à peu depuis le moyen-âge. Tout tendait vers un nouveau but : l'agrandissement du pouvoir monarchique aux dépens de la

puissance de l'Eglise, et l'affirmation d'une souveraineté nationale absolue.

Dès le début du ^{xiv}^e siècle, on voit en effet se dresser en France la volonté de soustraire la Nation à l'emprise politique de l'Eglise. C'est ainsi que, dans la séance tenue à Notre-Dame le 10 avril 1302, le « *troisième ordre* » invitait le chef de la France, en conflit avec le pouvoir romain, à maintenir « la souveraine franchise de cet Etat, qui est telle, lui dit-il, que vous ne reconnaissiez, pour le temporel, souverain en terre fors Dieu ». Cette déclaration, il est vrai, n'était pas spontanée, puisqu'elle avait été demandée par le roi à ses sujets pour les besoins de son action ; mais, en la leur demandant, le mandataire du roi, Pierre Flote, faisait appel, dit un historien particulièrement informé de l'esprit de cette époque (Langlois, Histoire de France de Lavis, III-2, p. 149), à « des sentiments déjà très forts ». Dans le conflit de 1310 entre le pouvoir spirituel et le pouvoir laïque, déclare de même A. Baudrillart, « l'opinion est laïque ». (Les idées qu'on se faisait au ^{xiv}^e siècle sur le droit d'intervention du Souverain Pontife dans les affaires politiques, Rev. d'histoire et de littérature religieuse, 1898).

Et l'on aboutit peu à peu à cette conviction que « la religion dans tout ce qu'elle est, ne peut troubler en rien l'ordre de la société » (Répertoire Guyot, V^o abus).

L'Etat parvint à se reconnaître, en face de l'Eglise, les droits suivants (Walter, op. cit., p. 53, et Vering, op. cit., p. 142 et s.) :

1^o *Jus reformandi* — ou faculté de décider à quelles conditions l'Eglise pouvait être tolérée dans tel pays. D'où dérive le droit pour le souverain de modifier, conformément à ses vues et aux besoins nationaux, l'extérieur de l'Eglise dans ses points de contact avec la vie civile. Le Roi peut modifier les Canons, comme il est le maître de les admettre ou de les rejeter, selon qu'ils lui paraissent utiles ou contraires au bien de l'Etat (Guyot, Rép., V^o abus). Ceci est un droit bien établi

pour les canons concernant la discipline. Mais pour ceux qui concernent la foi ?... Dans ce cas, l'appel comme d'abus est admis par la jurisprudence : « Qu'il s'élève des troubles dans l'Eglise, que l'on veuille y faire recevoir pour règle de foi ce qui ne l'est point ; que l'on divise les esprits ; que l'on violente, que l'on maltraite les sujets du Roi, et que sous prétexte de zèle pour l'Eglise on lui fasse des maux très réels ; *qu'en un mot on trouble l'ordre public*, qui ne doute qu'alors les Parlemens ne doivent s'armer de tous leurs pouvoirs ? Ils ne jugeront pas la doctrine, mais ils empêcheront que sous prétexte de doctrine on n'élève des questions inutiles, dangereuses ou contraires aux droits du royaume... » (*ibid.*).

2° *Jus advocatiae et cavendi* — ou droit de tutelle et d'inspection de l'Etat sur l'Eglise. Quand cette protection est loyalement conçue et exercée, quand l'autorité temporelle, guidée par la communauté d'intérêts, prend connaissance de ce qui se passe dans l'Eglise et surveille l'activité de ses organes, elle est « fondée sur la nature des choses » (Walter, *op. cit.*, p. 53), et justifiée par l'Histoire de tous les temps ⁽¹⁾. Mais lorsque le souverain, amené à redouter l'Eglise comme une ennemie, l'environne de gardiens, entrave les communications avec ses chefs, traverse l'enchaînement de ses institutions et s'immisce au nom de l'intérêt de l'Etat et de la tranquillité publique dans l'administration intérieure de l'Eglise, alors on est en présence d'une règle fondée sur l'ordre public. Le droit d'inspection et de vigilance par rapport à tout ce qui peut toucher le bien public est du ressort du souverain (Guyot, Rép., V° abus).

De ces règles sont nés deux autres droits que le souverain s'arroge : le placet et l'appel comme d'abus.

Le placet est le droit pour l'Etat de soumettre à un examen, avant leur publication, les écrits émanés des autorités

(1) Ainsi Charlemagne et Saint Louis, respectant religieusement l'organisme de l'Eglise qui possède en lui-même tous les moyens nécessaires à sa conservation, invoquaient contre les écarts de l'un des membres l'activité d'un autre.

ecclésiastiques, ou d'une façon générale le droit de soumettre à l'approbation de l'Etat tout ce qui émane des autorités ecclésiastiques.

L'appel comme d'abus a lieu dans le cas où un acte de la puissance ecclésiastique porte manifestement atteinte aux droits de l'Etat. En France, on réduisait à quatre chefs principaux les causes ou moyens d'appel comme d'abus :

a) Contravention aux canons reçus dans le royaume. Les canons ne sont suivis en France que lorsqu'ils ont été reçus dans le royaume (Voir *supra* le *jus reformandi*) ; mais, lorsqu'ils y sont reçus, on ne peut y contrevenir sans donner lieu à l'appel comme d'abus, « qui, sans toucher aux dogmes de l'Eglise, répare la discipline extérieure, *conserve l'ordre public*, et soumet aux loix l'Eglise même qui en fait partie » (Guyot, *op. et loc. cit.*). « *Regiae potestati subest tota politia publica regni cujus pars sunt Ecclesiae* » (Can. *quo jure*, dist. 8).

b) Contravention aux Edits, Ordonnances, etc... : « Le Roi a le droit, comme personne n'en doute, de faire des loix sur la police extérieure de l'Eglise, soit pour protéger les canons, et maintenir ou réformer la discipline, soit pour l'ordre de la procédure tant civile que criminelle. Par une conséquence nécessaire, toute contravention aux Edits et Ordonnances, de même qu'aux arrêts des Cours auxquelles le souverain a confié une partie de son autorité, est un abus contre lequel il y a lieu de se pourvoir » (Guyot, *op. et loc. cit.*).

c) Attentats aux droits, libertés, etc... de l'Eglise gallicane (2). Les libertés de l'Eglise gallicane étant l'ancien droit commun de l'Eglise, dans lequel la France avait toujours su

(2) Par ces libertés, il ne faut pas entendre les quatre articles de la fameuse Déclaration de 1682, mais un corps de jurisprudence canonique rédigé par Pithou en 83 articles qui sont comme la formule pratique de ce qui fut déclaré doctrinalement par l'assemblée de 1682. Ne pas réformer, par la voie de l'appel comme d'abus, les contraventions à ces précieuses libertés, ce serait perdre, dit DURAND DE MAILLANE, tout le fruit des travaux de nos ancêtres.

se maintenir en s'opposant aux nouveautés qui pouvaient tendre à l'altérer, il est clair que toute dérogation et toute atteinte à ces libertés étaient un abus contre lequel il y avait lieu de se pourvoir (Guyot, *op. et loc. cit.*).

d) Entreprise de juridiction. « Le Juge d'Eglise commet abus toutes les fois qu'il entreprend sur la juridiction séculière soit en prenant connaissance des causes qui ne sont pas de sa compétence, soit en excédant les bornes de son pouvoir » (*ibid.*).

En somme, « les appellations comme d'abus ont leur usage dans tous les cas où l'intérêt et le droit publics se trouvent blessés » (Domat, *op. cit.*, Dr. publ., Liv. I, Tit. XIX, Sect. II, 6). « Elles regardent l'intérêt public, raison pour laquelle il n'est pas permis de transiger » (Dict. de Dr. et de Prat., V^o Appel comme d'abus). « Les parties ne peuvent transiger sur l'abus que du consentement des gens du Roi... parce que l'abus étant un trouble à l'ordre public les parties ne peuvent le faire subsister par des conventions particulières ». Mais « cela ne doit s'entendre que de l'abus qui regarde la police extérieure de l'Eglise, le droit public, les entreprises sur l'autorité royale et sur les prérogatives et libertés gallicanes, car en ce qui concerne les particuliers seuls, l'abus peut en certains cas se couvrir par une convention », c'est-à-dire quand « ils renoncent seulement à leur propre intérêt et aux secours extraordinaires que les loix ont introduits pour l'utilité des familles » (Du Rousseaud de Lacombe, p. 86).

Les Articles organiques publiés en même temps que le Concordat reconnurent officiellement ces cas d'appel comme d'abus en y ajoutant : « tout procédé qui dans l'exercice du culte peut compromettre l'honneur des citoyens, troubler arbitrairement leur conscience, dégénérer contre eux en oppression ou en injure ou en scandale public » (Art. org. de la Convention du 26 Messidor an IX, tit. I, art. 6).

3^o *Droit de propriété supérieure sur les biens de l'Eglise.* C'est au nom de ce principe que, sans consulter les représen-

tants de l'Eglise, on confisqua ses biens et ses fondations « *pour les besoins de l'Etat* » (Walter, *op. cit.*, p. 54).

L'Etat se reconnaissait aussi le droit de passer outre à la règle de l'inaliénabilité des biens de l'Eglise pour une cause « non prévue par les canons et qui est suffisante pour l'aliénation d'un bien d'Eglise, sans même qu'il faille observer les formalités accoutumées : elle se tire de l'utilité publique, comme lorsqu'il s'agit de fortifier une ville. C'est pourquoi on peut, en pareil cas, forcer les ecclésiastiques à aliéner » (Guyot, Rép., V^o Aliénation). Et pourtant, il est bien reconnu que « la propriété des biens ecclésiastiques appartient, d'après la nature des choses, aux diverses communes religieuses » (Walter, *op. cit.*, p. 328).

On voit donc l'Etat faire obstacle aux droits les plus sacrés de l'Eglise, droits qu'il reconnaît et admet d'ailleurs en principe, en se fondant sur l'intérêt et le bien de l'Etat, sur la paix et la sécurité publiques, en un mot sur l'ordre public. Mais faut-il dire que, chaque fois qu'un souverain empêche l'application dans son Etat d'un droit sacré de l'Eglise, il s'agit d'une mesure d'ordre public ? Assurément non. « Toute mesure qui tend à gêner l'exercice d'un culte, et qui n'est pas expressément exigée par la *tranquillité publique* est une vexation », lit-on dans un rapport sur l'état religieux de la France, présenté au Conseil des Cinq Cents en 1797. Et le même rapport ajoute : « les lois qui accompagnèrent ou suivirent la Constitution anarchique de 1793 ne respirent que la haine prononcée d'un culte et le mépris de tous, en parlant sans cesse de la liberté de tous. Ce principe ne fut parmi nous qu'une amère dérision jointe à une cruelle tyrannie ».

Il ne faut donc pas confondre *ordre public* et *bon plaisir du Roi*. Le bon plaisir n'est fondé que sur des considérations d'ordre subjectif. Les mesures d'ordre public au contraire se légitiment par des nécessités objectives. Dans les exemples que je viens d'examiner, elles sont fondées sur l'ordre de la société, la sécurité publique, le bien public, le bien de l'Etat,

les besoins de l'Etat, c'est-à-dire en somme dans l'intérêt de l'Etat et dans l'intérêt public.

SECTION II

Souveraineté nationale en face du Roi

La puissance royale était encore à l'époque féodale un attribut de la propriété dans l'intérêt du propriétaire. Soustraite à certaines vicissitudes de la propriété, telles que le partage, par la pratique du *rex designatus* et le principe du droit d'aînesse, la Monarchie était pourtant demeurée patrimoniale, d'où la possibilité pour le roi d'aliéner le domaine royal entre vifs, et de voir la couronne passer aux étrangers par succession. C'est contre ces dangers que vont lutter les légistes en s'appuyant sur le principe romain de la souveraineté nationale.

§ I. — SUCCESSION AU TRÔNE

La loi qui appelle à la succession d'un père les filles avec les mâles est une loi toute naturelle, et cependant elle était sans usage dans la loi que Dieu même avait donnée aux Juifs, car les filles ne succédaient point à leur père quand il y avait des mâles. Et ce fut même une question digne d'avoir Dieu pour juge, de savoir si des filles se trouvant sans frères pouvaient succéder aux biens de leur père. Et Dieu commanda qu'en ce cas elles succèderaient (Num. 27).

Donc, à défaut de mâle, les filles succédaient. Telle était la règle féodale fondée sur un commandement divin, et cependant, par deux fois elle fut écartée : à la mort de Louis X le Hutin et à la mort de Charles le Bel.

Louis X mourut, ne laissant qu'une fille et deux frères. Sui-

vant les principes féodaux et le droit naturel, la fille était seule héritière. Ce fut, cependant, le frère du roi qui prit le trône.

A la mort de Charles le Bel, la même difficulté se produisit, mais, cette fois, il fallut élucider la chose plus clairement, car le roi ne laissait comme héritier qu'un cousin germain par les mâles, Philippe de Valois, et un neveu, le fils de sa sœur, Edouard, Roi d'Angleterre. Avec les règles féodales, Edouard, étant le plus proche héritier, devait avoir le trône. Pour l'écarter, on invoqua la « *raison d'Etat* ». On vit et on affirma que la succession royale ne pouvait être dévolue comme une succession ordinaire. Dans le *Songe du Vergier*, un chapitre entier traite de la question. Deux personnes sont en présence : un clerc et un légiste. Le clerc défend le droit de succession des filles, en s'appuyant sur un principe d'équité. Le légiste montre qu'on ne peut assimiler la succession au trône à un simple héritage : on hérite pour soi, on règne et on gouverne pour les autres. C'est l'idée même de la souveraineté nationale romaine. Ce n'est que longtemps après qu'on eut l'idée d'invoquer la Loi Salique excluant les femmes de la succession au trône.

§ II. — THÉORIE DU DOMAINE ROYAL

Le domaine royal, étant la propriété du roi, pouvait s'aliéner entre vifs. Les légistes eurent plus de peine à lutter contre cette conséquence naturelle du droit de propriété du souverain. Ils réussirent pourtant peu à peu à faire admettre une distinction fondamentale entre le patrimoine personnel du roi, aliénable, et les biens attachés au titre de roi, qui formaient le domaine national, la France elle-même, et qui étaient inaliénables.

Ce principe de l'inaliénabilité du domaine royal, formellement énoncé depuis les Etats de 1557, ne prit cependant force

légale qu'à partir du xvi^e siècle (3). Il y eut d'ailleurs toujours des exceptions (4) : l'apanage, dont les effets dangereux furent évités lorsqu'il devint simple concession de revenus ; la dot des Filles de France et le Douaire des Reines ; et l'Engagement, auquel les rois pressés d'argent durent parfois recourir. Et encore, en ce qui concerne la dot des Filles, « il ne faut pas entendre une dot en immeubles cédés en propriété, parce qu'il serait contraire au *bien public* que les terres et seigneuries du Royaume passassent dans la possession des Princes étrangers... ». On pouvait seulement « aliéner à prix d'argent mais à faculté perpétuelle de rachat, des biens du domaine, pour en être le prix employé au paiement de la dot des Filles de France ». Quant au douaire des Reines, c'était un simple usufruit « sous la réserve des droits régaliens » (Guyot, *op. et loc. cit.*). Mais, si les biens du domaine ne pouvaient plus être aliénés entre vifs, il restait cependant possible de les aliéner par échange, « attendu que l'échange n'est qu'une subrogation déterminée par des raisons de convenance, souvent même parce qu'il est de l'*intérêt de l'Etat* de posséder les biens reçus en contr'échange » (*ibid.*).

Ainsi, peu à peu, l'idée féodale de puissance royale, attribut du droit de propriété dans l'intérêt du propriétaire, fait place, sous l'influence des légistes, à l'idée romaine de puissance publique donnée au Roi dans l'intérêt de la nation souveraine. De là découle l'évolution de la nature des pouvoirs royaux, et particulièrement des droits de juridiction et d'imposition.

a) *Droit d'imposition.* — Primitivement, toutes les redevan-

(3) Edit 1559, sous François II; édit fév. 1556, sous Charles IX, communément appelé : l'Ordonnance du domaine; édit 1667, sous Louis XIV; édit juillet 1717, sous Louis XV. Rappelons qu'en 1692 une ordonnance avait encore proclamé la propriété du roi sur toutes ses terres.

(4) En fait, l'ancienne monarchie n'a jamais totalement renoncé à l'aliénation du domaine : Louis XIV offrait à la duchesse de Portsmouth, maîtresse de Charles II d'Angleterre, le duché d'Aubigny, érigé en pairie à son intention; Louis XV donnait le duché de Châteauroux à Madame de Tournelle, sœur de sa maîtresse la comtesse de Mailly.

ces étaient privées et relevaient du contrat de fief. En s'appuyant sur le droit fiscal romain, les légistes réussirent à leur donner pour fondement, non plus l'idée de propriété, mais l'intérêt général. « Puisque l'Etat forme un corps dont chacun est membre et que tous les membres d'un corps doivent y faire leurs fonctions, afin que le corps puisse subsister dans le bon ordre où il doit être pour le bien commun, il est également nécessaire et juste que tous ceux qui composent un Etat, pouvant en regarder le bien comme le leur propre, regardent aussi comme leur devoir propre ce qu'ils doivent de leur part contribuer à ce bien commun » (Domat, *op. cit.* Droit public, Liv. I, Tit. V).

Cette transformation commence dès Saint Louis, par l'effet même de l'extension croissante du domaine royal, laquelle crée des rapports de moins en moins directs, c'est-à-dire de plus en plus abstraits, entre le roi et ses sujets. « L'accroissement du domaine royal pendant les trois premiers siècles de la monarchie capétienne... eut une portée morale dont les conséquences encore éloignées étaient inévitables... Quand le roi ne percevait ses revenus féodaux que dans un très petit nombre de localités, et qu'il n'était en contact, sous le rapport fiscal, qu'avec une partie très restreinte de la population, rien ne tendait à modifier le caractère des redevances qui lui étaient payées : elles ne pouvaient pas ne pas rester féodales. Mais quand il les perçut sur presque tous les points du territoire, sur des Français du Nord comme du Midi, de l'Est comme de l'Ouest et du Centre, sans que les principes fussent encore changés, sans même que ni la nation, ni la royauté elle-même pussent s'en rendre compte, sa situation se rapprocha de celle qu'il aurait un jour quand il lèverait des impôts non plus sur des hommes, mais sur des sujets ; non plus en vertu d'une sorte de droit de propriété, mais en vertu du droit public ; non plus au nom de son intérêt personnel ou seigneurial, mais au nom de l'intérêt général, de l'intérêt public, et comme étant son représentant, ou mieux,

son mandataire » (Vuitry, Etudes sur le régime financier de la France avant la Révolution, p. 253).

b) *Droit de juridiction*. — D'abord attribut de la souveraineté féodale, le droit de juridiction devint par la suite un devoir pour le Roi. Le Roi est chargé de faire régner la paix publique et d'assurer à ses sujets justice prompte et sûre. « Cette administration de la justice consiste à réprimer et punir ceux qui troublent l'ordre public et cette tranquillité, par des entreprises, des délits et des crimes, et à régler les différends qui divisent les personnes et troublent le repos des familles » (Domat, *op. cit.* Droit public, Liv. II).

Peu à peu, on le voit, l'idée d'une Nation souveraine et distincte du Roi se formait.

Dès les premiers Etats-Généraux, éclatent des pensées de ce genre : « La souveraineté émane du peuple, lequel est l'universalité des habitants » (Cahiers de 1356) ; « La royauté est un office, non un héritage ; l'Etat est la chose du peuple ; la souveraineté n'appartient pas aux princes, qui n'existent que par le peuple » (Discours de Philippe Pot, aux Etats de 1484).

Bientôt, à la faveur de l'indignation soulevée par la conduite de Henri III, certains Français font nettement le départ entre le roi et la nation : « Le serment de fidélité, s'écrie l'un d'eux, a été prêté non au roi, mais à la couronne, pour la conservation de l'Etat. La puissance des rois dépend de la main de Dieu et de l'autorité du peuple » (cité par H. Hauser, Modernité du xiv^e s., p. 77). L'abjuration imposée au Béarnais par la Ligue est la victoire du droit de la nation sur le bon plaisir des rois : la nation estime que la royauté a contracté envers elle un engagement, aux termes duquel le roi de France sera catholique ; elle tient l'engagement pour rompu si la royauté se fait hérétique.

Evidemment, ce ne sont là que des cas isolés. Il faudra l'irritation produite par l'autocratie du gouvernement de Louis XIV, par l'incapacité des ministres de Louis XV, il fau-

dra la découverte de la Constitution anglaise, le travail des écrivains philosophes du XVIII^e siècle, pour que la volonté de souveraineté nationale commence à prendre en France une forte conscience de soi. Et, en 1753, d'Argenson pouvait écrire dans son Journal : « Dans l'esprit public, s'établit l'opinion que la nation est au-dessus du roi, comme l'Eglise universelle est au-dessus du pape ».

C'est ainsi qu'on voit se constituer peu à peu l'idée d'une Nation, collectivité distincte douée d'une vie propre, et dont l'organisation doit être régie par des règles spéciales s'imposant même si elles sont contraires aux grands principes qui sont à la base du Droit. Dans les cas où l'on sacrifie le Droit à la Nation, on le justifie par la seule « *raison d'Etat* », c'est-à-dire en se contentant d'affirmer d'une manière absolue le droit à l'existence de cette Nation.

L'ordre public commence à l'emporter sur l'ordre naturel.

SECTION III

Souveraineté nationale en face des individus

« La police universelle de la Société, dit Domat, règle chaque nation par deux sortes de Loix : la première est de celles qui regardent l'ordre public du gouvernement comme sont les Loix qu'on appelle les Loix de l'Etat, qui règlent les manières dont les Princes souverains sont appelés au gouvernement, ou par succession, ou par élection : celles qui règlent les distinctions et les fonctions des charges publiques, pour l'administration de la justice, pour la milice, pour les finances, et de ces charges qu'on appelle Municipales, celles qui regardent les droits du Prince, son domaine, ses revenus, la Police des Villes, et tous les autres règlements publics. La seconde est de ces Loix qu'on appelle le droit privé qui comprend les Loix qui règlent entre les particuliers, les conven-

tions, les contrats de toute nature, les tutelles, les prescriptions, les hypothèques, les successions, les testaments et les autres matières semblables » (*Op. cit.*, Tr. des Loix, ch. XI, 40 et 41).

Domat distingue donc : 1° l'armature même de la société organisée, qui est pour lui une question d'ordre public, — et je viens de montrer comment, primitivement d'ordre privé, elle n'est devenue d'ordre public que péniblement, au détriment des droits naturels du « souverain fief du royaume » ; 2° les règles qui concernent les individus, et qui forment le droit privé fondé sur le droit naturel ; ces dernières règles, tout en étant de droit privé, fondées sur le droit naturel, sont parfois dominées et paralysées par des préceptes et des commandements « d'ordre public ».

« D'une façon générale, dit Domat (*op. cit.*, Dr. publ., Liv. I, Tit. I, sect. 2, n° 5), chacun est obligé non seulement de ne blesser en rien l'ordre public, mais d'y contribuer en ce qui peut le regarder en particulier ».

L'ordre public oblige donc doublement les individus :

1° Chacun ne doit « rien faire en son particulier qui blesse l'ordre public » (Domat, *op. cit.*, Tr. des Loix, ch. V, n° 3).
« Que chaque particulier étant lié à ce corps de la société dont il est un membre, il ne doit rien entreprendre qui en blesse l'ordre, ce qui renferme l'engagement de la soumission et de l'obéissance aux puissances que Dieu a établies pour maintenir cet ordre. Que l'engagement de chaque particulier à ce qui regarde l'ordre de la société dont il fait partie, ne l'oblige pas seulement à ne rien faire à l'égard des autres qui blesse cet ordre, mais l'oblige aussi de se contenir dans son rang, de telle manière qu'il ne fasse aucun mauvais usage ni de soi-même, ni de ce qui est à lui. Car il est dans la société ce qu'est un membre dans le corps. Ainsi ceux qui, sans faire tort à d'autres, tombent dans quelque dérèglement qui offense le public, soit en leur personne, ou sur leurs biens comme font ceux qui se désespèrent, ceux qui blasphèment

ou qui jurent, ceux qui prodiguent leurs biens, et tous ceux enfin qui violent les bonnes mœurs, la pudeur ou l'honnêteté d'une manière qui blesse l'ordre extérieur sont justement punis par les loix civiles selon la qualité du dérèglement ». Et Domat continue en montrant : « que tout engagement n'est licite qu'à proportion qu'il est conforme à l'ordre de la société : et que ceux qui le blessent sont illicites et punissables selon qu'ils y sont opposés. Ainsi les emplois contraires à cet ordre sont des engagements criminels. Ainsi les promesses et les conventions qui violent les loix ou les bonnes mœurs n'obligent à rien, qu'aux peines que peuvent mériter ceux qui les ont faites » (Domat, *op. cit.*, Tr. des Loix, ch. V, n° 10). Et pourtant, n'est-ce pas un principe de droit naturel que chacun est libre de disposer de lui-même ou de ses biens comme il l'entend, de prendre librement tel engagement qui lui convient ?

Ainsi, l'ordre public comprend en premier lieu ce que Domat appelle : « *l'ordre extérieur de l'Etat* », c'est-à-dire la paix et la moralité publiques. Il faut remarquer ce qu'a de nouveau une telle conception : le droit romain associait toujours la justice et les bonnes mœurs, et les faisait entrer dans la vaste et vague catégorie des « lois naturelles ». Domat semble dissocier la morale et les bonnes mœurs. La morale, sans doute, il la laisse liée à la justice pour former la loi naturelle. Mais la notion de bonnes mœurs, c'est-à-dire la morale sociale, ou encore la moralité publique, il la fait entrer dans une catégorie de règles qui s'imposent non pas par leur force propre, mais seulement par la force légale. Il en fait non plus un devoir de conscience, mais un devoir de citoyen. C'est évidemment au droit canonique qu'il emprunte cette conception nouvelle, puisque, ainsi qu'on l'a vu plus haut, le droit canonique associait sous le même terme de : « bien commun », les notions jusque-là séparées de : intérêt de la société organisée, et moralité.

Il est vrai que Domat, imitant encore en cela le raisonne-

ment des canonistes, ne semble rapprocher l'intérêt public et les bonnes mœurs que pour les réunir dans la catégorie des choses « justes ». C'est que, si Domat voit la première loi de l'homme dans « la recherche et l'amour du souverain bien », cette loi étant, dit-il, commune à tous les hommes, « en renferme une seconde qui les oblige à s'unir et s'armer entr'eux ; parce qu'étant destinés pour être mis dans la possession d'un bien unique... ils ne peuvent être dignes de cette unité dans la possession de leur fin commune, s'ils ne commencent leur union en se liant d'un amour naturel dans la voie qui les y conduit » (*op. cit.*, Tr. des Loix, ch. I, n° 7).

Domat voit donc dans la nature humaine telle que Dieu l'a créée, la destination de l'homme au souverain bien et à la société. D'où : 1° il identifie loi naturelle et loi divine ; 2° fondant la société sur une loi naturelle et divine, il ne peut qu'appeler « juste » tout ce qui sera fait par cette société en vue de former et de maintenir son « ordre extérieur » ; c'est-à-dire les lois établissant la paix publique, la discipline sociale, et la moralité publique.

2° Chacun doit « contribuer à l'ordre public en ce qui peut le regarder en particulier ». Ainsi, « les conditions et professions sont établies pour composer l'ordre général et remplir toutes les fonctions nécessaires pour cet ordre » (Domat, *op. cit.*, Dr. publ., Liv. I, Tit. IX, sect. 2, n° 2). Cette conception de la profession fonction publique, considérée au point de vue de l'utilité pour la chose publique, est encore un emprunt aux canonistes. Domat l'expose longuement, envisageant les unes après les autres toutes les conditions et professions « dans leur rapport avec l'ordre public », suivant sa propre expression. Voici en particulier ce qu'il dit de l'agriculture et du soin des bestiaux « qui sont de toutes les professions les plus nécessaires, les plus naturelles, et d'un usage plus universel pour le genre humain », et de plus « les plus éloignées et plus dégagées des occasions qui excitent les passions les plus dangereuses et qui troublent le plus la tranquillité » :

« Pour le bon usage de l'agriculture il est important au bien d'un Etat, aussi bien que pour l'intérêt des particuliers, propriétaires des héritages, qu'on y cultive ce que la terre peut produire de plus nécessaire et de plus utile... et il est de la police d'y veiller selon le besoin ». « Il en est de même du soin des bestiaux qu'on doit proportionner à la qualité du pays, pour y élever ceux qui peuvent y mieux réussir, et dont on peut tirer de plus grands profits ». Car, explique Domat : « ceux qui n'exercent l'agriculture que pour leur usage dans leurs propres fonds, ne laissent pas d'être obligés envers le public de les cultiver, non seulement par cette raison générale que le public a intérêt que chacun fasse un bon usage de ce qui est à lui, mais aussi par la considération de la conséquence de l'agriculture et de la nécessité de tirer de la terre la vie des hommes. Ainsi la police pourrait obliger les propriétaires des héritages de la campagne à les cultiver, et à leur défaut y pourvoir par d'autres, et par la considération d'en tirer les fruits, et encore par la raison d'aider à porter les contributions aux deniers publics » (Domat, *op. cit.*, Dr. publ., Liv. 1, Tit. XIV, sect. 1 et 2).

« Ainsi en général, l'ordre public ne renferme pas seulement l'usage des conditions et professions qui ont un rapport précis au bien commun, telles que sont celles des Officiers de Justice, de ceux des Finances, des gens de guerre et autres; mais il comprend aussi tout ce qu'il y a dans toutes les autres conditions qui lient les hommes de l'un à l'autre, qui forme et entretient leur société, et peut être sujet aux Loix qui en règlent l'ordre. Ainsi comme il n'y a point de membre dans le corps qui n'ait son usage pour le corps entier, il n'y a point aussi de particulier qui ne soit engagé à des fonctions et à des devoirs qui regardent la société par l'effet de la liaison de tous en un corps, dont les fonctions de chacun doivent former l'ordre. Et ceux qui pouvant travailler, vivent dans la société sans aucun emploi, et qui non seulement n'y font rien qui se rapporte au public, mais qui ne s'occupent

pas même, ou à leurs affaires domestiques, ou à quelque travail honnête et licite, font par cet état de fainéantise, qui est la source de tous les vices, comme des membres pourris, et méritent que la police corrige et châtie leur dérèglement. C'était sur ces principes qu'étaient fondées les Loix des Romains, qui entre autres fonctions de cet officier, qu'on appelait Censeur, lui avaient donné celle de la correction des mœurs, et en particulier la punition des fainéans, et de ceux même de qui les héritages n'étaient pas assez cultivés. Et c'est sur ces mêmes principes que nos Ordonnances veulent qu'on châtie l'ivrognerie à cause de l'oisiveté et des autres vices qui en sont les suites. et qu'on punisse les vagabonds pour prévenir les crimes où les jette la fainéantise. Sur quoi on peut faire ici cette réflexion, qu'il serait à souhaiter qu'une bonne police pourvût aux désordres si fréquents, et aux étranges suites de la fainéantise » (Domat, *op. cit.*, *Dr. publ.* Liv. I, Tit. IX, sect. II).

Domat considère donc que les droits naturels de l'homme, comme le droit de propriété absolue sur soi-même et sur ses biens, de même que la liberté de convention, peuvent être restreints pour les exigences de l'ordre public, lesquelles sont de deux sortes : 1° un commandement négatif : ne rien faire contre « l'ordre extérieur de la société » ; 2° un commandement positif : contribuer à la prospérité publique. Tel est l'ordre public en général, qui restreint la liberté naturelle de l'homme au profit et pour les besoins de l'Etat.

Mais, de plus, l'ordre public a inspiré des règles plus précises, formulées dans des lois que Domat appelle « arbitraires ». Ces lois arbitraires sont de deux sortes : 1° celles qui concilient deux lois naturelles (par exemple la loi fixant la « légitime », conciliant la loi naturelle qui veut que les pères laissent leur succession à leurs enfants, et celle qui veut qu'on puisse disposer librement de ses biens par testament ; ou encore la loi fixant la majorité, qui concilie la loi naturelle exigeant que chacun soit libre dans ses actions, et celle voulant

que les personnes incapables d'agir conformément à la raison soient en tutelle). Ces lois, prétend Domat, ont pour but de rendre applicables des lois naturelles ; elles sont logiquement, comme les lois naturelles elles-mêmes, « essentiellement justes », et, comme elles, ont une « autorité naturelle sur notre raison » (Domat, *op. cit.*, Tr. des Loix, ch. XXII, n° 3). Et cependant, Domat, après avoir considéré leur but pour les détacher des autres lois arbitraires, semble ensuite les en rapprocher en ne considérant plus que leur forme. 2° Les lois qui sont fondées sur « l'utilité publique », et qui sont faites pour « prévenir ou pour faire cesser des inconvénients ou pour quelque autre vue du bien public » (*ibid.*). Ce sont ces lois que nous qualifierions aujourd'hui de lois d'ordre public. Leur justice « consiste dans l'utilité particulière qui se trouve à les établir, selon que le temps et les lieux peuvent y obliger ». Leur autorité « consiste seulement dans la force que leur donne la puissance de ceux qui ont droit de faire des loix, et dans l'ordre de Dieu qui commande de leur obéir » (Domat, *op. cit.*, Tr. des Loix, ch. XI).

Il en est ainsi pour l'institution des fiefs, « contraire aux monuments de notre histoire et aux premières notions de la loi naturelle » (Guyot, Rép., V° fief), et que Mably qualifiait de « constitution monstrueuse » (5). Domat, lui aussi, distinguant entre l'état des personnes réglé par l'ordre de la nature, et l'état des personnes réglé par l'ordre des lois (lois naturelles et lois arbitraires), avait vu en l'esclavage « un état qui n'est pas naturel et que les hommes ont établi » (*op. cit.*, Liv. prélim., Tit. II). C'était, en effet, un principe généralement admis, que toutes personnes étaient libres en France. Le mot « franc », disait Rochette dans la Coutume de Troyes, emporte avec lui toute franchise et liberté. « Notre état naturel

(5) Cf les Romains : « *Quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt* », Dig., 50, 17, 32.

est donc la franchise et la liberté » (Guyot, Rép., V^o Main-morte). Et Louis XIV, en son Edit d'Août 1779 abolissant le servage dans les domaines de la couronne, encourage les affranchissements sur les terres des seigneurs, considérant ces affranchissements bien moins « comme une aliénation que comme un retour au droit naturel ». Bien loin était donc le temps où Aristote avait pu dire que certains hommes étaient prédestinés pour l'esclavage comme d'autres pour la liberté.

Mais, si le servage était contraire au droit naturel, sur quoi se fondaient donc ses défenseurs ? Sur cette utilité publique qui légitimait, suivant Domat, les lois arbitraires du deuxième groupe. Voyons plutôt ce que dit le Président Bouhyer : « Le bien public, en cela, s'accorde avec celui des Seigneurs ; car, suivant la remarque judicieuse de Godefroy, *rei publicae interest ut censiti terrae inherent*. Tout le monde sait que le fondement principal des revenus d'un Etat dépend du produit des terres. Il faut donc avoir attention qu'elles soient bien cultivées, et l'expérience nous apprend qu'elles le sont avec plus de soin dans les lieux de main-morte que dans les autres, où le plus souvent elles tombent en friche faute de cultivateurs... Uniquement occupés de l'agriculture, on ne les voit point (les serfs) se fatiguer en procès, ou aspirer à des possessions qui les détournent du métier de leurs pères. Ils ne songent qu'à faire fructifier la terre et à multiplier le nombre des citoyens, qui fait en même temps la force et la richesse de l'Etat ». Et lorsqu'il s'éleva de tous côtés des cris pour réclamer la suppression du servage, ce n'est pas le droit naturel violé par cette institution que l'on invoqua. Seul l'ordre public pouvait battre l'ordre public. On mit en relief que, si le servage avait été une institution d'utilité publique, l'utilité publique actuelle réclamait au contraire la suppression de ce servage, propre seulement « à rendre l'industrie languissante, et à priver la société des effets de cette énergie dans le travail, que le sentiment de la propriété la plus libre

est seul capable d'inspirer » (Edit août 1779). De même, les arguments invoqués par Montesquieu pour la suppression du servage sont, non pas des raisons d'humanité ou de justice, mais des motifs d'utilité publique : il montre que les terres cultivées par les esclaves ont un rendement moins bon que celles cultivées par le propriétaire ou par un locataire ⁽⁶⁾. C'est sur cette même utilité publique que Montesquieu se fonde encore pour demander la suppression des substitutions cependant conformes au principe général de la liberté des conventions, mais qui déprécient la valeur de la terre, entravent la circulation des biens, et empêchent les paysans d'accéder à la propriété.

D'autres exemples de « lois arbitraires » se trouvent dans les lois sur la lésion et sur la preuve :

Lésion : « Il est de droit naturel que celui qui achète n'abuse pas de la nécessité où se trouve celui qui vend et n'achète pas à un trop vil prix. Mais parce qu'il serait d'une conséquence trop incommode dans le commerce, de rompre toutes les ventes où la chose vendue ne serait pas à son juste prix, on a réglé par une loi arbitraire que les ventes ne pourraient être absolues à cause de la vilité du prix, que dans le cas où un héritage se trouverait vendu au-dessous de la moitié de sa juste valeur. Et on dissimule pour le bien public l'injustice des acheteurs au-dessous de cette lésion, s'il ne s'y trouve pas d'autres circonstances particulières qui obligent à rompre la vente » (Domat, op. cit., Tr. des Loix, ch. XI, n° 10).

Preuve : « Il est de l'équité que celui qui a obligamment prêté son argent sans en retirer de reconnaissance, et à qui le débiteur dénie le prêt, puisse être reçu à prouver le prêt,

(6) C'est d'ailleurs une des raisons qui ont fait se multiplier les affranchissements des esclaves au vi^e siècle de Rome. N'ayant pas d'intérêt personnel à travailler, l'esclave travaille le moins possible. Pour l'inciter à produire, le maître lui promet une récompense : il n'en est pas de meilleure que la liberté.

s'il en a d'autres preuves que l'écrit qui lui manque. Et cette même équité demande aussi cet usage des preuves dans les autres espèces de conventions. Mais parce qu'il est de l'intérêt public (Domat ajoute : et de l'équité) de ne pas laisser d'occasion à la facilité des fausses preuves, et qu'il lui suffit d'avertir ceux qui prêtent ou qui font d'autres conventions, de prendre un écrit, l'Ordonnance de Moulins et celle de 1667 qui ont défendu les preuves de conventions sans écrit au-dessus de cent livres, ont donné par là de justes bornes à la liberté de recevoir les preuves des conventions » (Domat, op. cit., Liv. I, Tit. I, sect. 2).

Il est donc deux sortes de lois : les lois naturelles, qui sont la justice même et qui s'imposent à notre raison, et les lois positives, formulées par le législateur, et qui tiennent leur autorité des puissances temporelles qui les font respecter. Ces lois positives émanant du souverain sont : ou bien « des expressions courtes et claires de ce que demande la justice dans les certains cas » (Domat, op. cit., Liv. prélim., tit. I, sect. I, art. 2), c'est-à-dire des règles destinées à rendre le droit naturel applicable et obligatoire ; ou bien des règles dont la justice réside dans l'utilité publique, le bien public. Ces dernières règles sont : 1° celles que Domat appelle des « règlements d'ordre public », organisant la répression contre ceux qui troublent l'ordre extérieur de la société ; 2° les lois faites en vue d'augmenter la prospérité publique. Ces deux catégories de règles ont en vue la *chose publique*, l'Etat, au détriment de certains droits naturels reconnus aux individus. Il faut donc distinguer d'une part les lois justes, d'autre part les lois utiles. Et ce n'est que par un sophisme bien naturel à un loyal sujet du Roy que Domat, faisant dériver l'ordre de la société de Dieu même, voit la justice et l'autorité de toutes les lois dans l'ordre divin lui-même, d'où, par le seul fait qu'une loi est utile à l'Etat, il la déclare juste.

SECTION IV

L'ordre public dans l'ancien droit français

On assiste, au cours de l'ancien droit, à la formation d'une *chose publique*, grâce aux efforts des légistes, et aussi sous l'influence de facteurs psychologiques comme l'élan patriotique apporté par Jeanne d'Arc et qui n'a fait que croître au cours des siècles.

Peu à peu s'est formée une souveraineté nationale qui a fini par devenir toute puissante. Et le but du Droit, tout en restant toujours théoriquement le Juste, s'est dédoublé. Il est devenu d'une part le *juste* ayant pour objet l'homme, et d'autre part l'*utile*, l'utile consistant à protéger et développer la puissance nationale contre les trois grandes forces qui risquaient de l'étouffer : l'Eglise, la Royauté, l'Individu, c'est-à-dire, je crois l'avoir montré, contre trois aspects du droit naturel et divin.

Les lois au moyen desquelles la souveraineté nationale lutte contre cet ordre naturel et divin sont des dispositions fondées sur l'ordre public. Les caractères communs à toutes ces dispositions sont :

A. Elles tendent à faire échec à un principe de droit naturel et divin au nom d'un principe supérieur.

B. Ce principe supérieur est le bien public, l'utilité publique, c'est-à-dire d'une part la paix, la moralité et le bien-être publics, d'autre part la prospérité et la richesse publiques ; c'est-à-dire encore le bien et l'intérêt publics en tant qu'ils sont des éléments de l'existence et de la puissance nationales.

Les règles dites d'ordre public n'ont donc pour but que la défense et le développement de la Nation, à l'encontre des principes généraux du droit naturel.

DEUXIÈME PARTIE

Etude externe

Les textes

CHAPITRE PREMIER

Généralités

La déclaration des droits de 1789

La Déclaration des droits de 1789 semble l'aboutissement de cinq siècles d'évolution sous des influences diverses, parfois même opposées. La Nation, née de l'effort des romanistes, la Patric, créée par un sentiment populaire, le Peuple souverain, libéré par la Révolution, s'unissent pour former la France, corps social dont le but proclamé par les philosophes du XVIII^e siècle est : « la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme ».

On peut retenir de la Déclaration de 1789 quelques principes, qui sont à la fois, et la conclusion des conceptions lentement élaborées par l'ancien Droit, et les bases d'une nouvelle évolution qui n'est pas encore achevée.

Ces principes sont :

1. — Il est un certain nombre de droits naturels antérieurs à toute société, droits dont l'objet est l'homme et dont l'ensemble constitue l'ordre naturel.

2. — Le but de toute association politique est la conservation de ces droits naturels (art. 2).

3. — Ces droits naturels peuvent se ramener à : liberté, propriété, égalité.

4. — La loi doit déterminer les bornes auxquelles doit s'arrêter l'exercice des droits naturels de chaque homme. Ces

bornes sont de deux sortes : 1° « celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits naturels » (art. 4) ; 2° celles qui sont « évidemment » exigées par la « nécessité publique légalement constatée » (art. 17-10-11).

5. — Cette nécessité ou utilité publique a pour but la Nation souveraine (art. 3). De cette souveraineté nationale découle l'idée déjà exprimée par Domat de la fonction publique : « Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ».

En somme, la Déclaration proclame que l'Homme est la fin suprême du Droit, mais reconnaît que ses droits inviolables et sacrés deviennent inefficaces lorsque leur application nuit à la Nation souveraine. La Déclaration proclame que la loi a pour but de réaliser l'ordre naturel, à condition que cet ordre naturel ne nuise pas à « l'ordre public établi par la loi » (art. 10).

On voit la contradiction : la Déclaration est à la fois individualiste et étatiste. Tout comme Agrippine, elle portait dans ses flancs son meurtrier, car cet étatisme ne va cesser de grandir en étouffant l'individualisme. L'individu, tout en gardant théoriquement ses droits naturels, finit peu à peu par ne plus avoir que les droits concédés à lui par la loi comme un moyen d'exercer sa fonction sociale.

L'histoire du droit français depuis 1789 peut se résumer en : la lente victoire de « l'ordre public établi par la loi » sur l'ordre naturel antérieur à la loi.

Le code civil

Le principe est, dit-on, posé dans l'article 6 : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

Le Code civil revient donc à l'ancienne distinction entre

l'ordre public et les bonnes mœurs. Il ne revient cependant pas à la règle ancienne telle qu'elle était formulée en droit romain et dans l'ancien droit : *Pacta, quae contra leges constitutionesque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati juris est* » (l. 6 de *pactis*). Les conventions, disait d'autre part Pothier, « pourvu qu'elles ne contiennent rien de contraire aux lois et aux bonnes mœurs... sont obligatoires » (Pothier, Traité des Obligations, partie I, ch. I, art. 2).

L'expression : ordre public, a donc été ajoutée à dessein. Elle n'est pas synonyme de : contraire aux lois, comme semble l'affirmer M. Martin (Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs). L'article 1133 s'en explique d'ailleurs très nettement en déclarant la cause illicite lorsqu'elle est prohibée par la loi, contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Il y a trois catégories de conventions qui sont sans effets : celles qui sont contraires ou à la loi, ou aux bonnes mœurs (et en cela le code civil reproduit le droit romain et l'ancien droit), ou à l'ordre public.

Mais le code n'explique pas ce qu'il faut entendre par : ordre public. D'après Baudry-Lacantinerie (Précis de droit civil), l'article 6 n'est que la traduction de l'adage : *Jus publicum privatorum pactis nec laedi nec mutari potest*. On entend par droit public, disait Portalis, celui qui intéresse plus directement la société que les individus.

Mais pourquoi dire que les conventions ne peuvent déroger aux lois intéressant l'ordre public, au lieu de dire tout simplement, comme dans l'ancien droit : on ne peut faire les conventions prohibées par les lois ? Il y a donc des dispositions législatives qui sont d'ordre public et d'autres qui ne sont pas d'ordre public ?

Reportons-nous aux règles que j'ai dégagées des pratiques de l'ancien droit. Le Code civil, fidèle aux principes de la tradition romaine et des philosophes du XVIII^e siècle, fonde le droit positif sur le droit naturel. L'article premier du Titre

préliminaire que le législateur se proposait de placer en tête du Code civil n'était-il pas primitivement : « Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives ; il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne les hommes » ? Or, ainsi que je l'ai déjà montré, il est des lois naturelles qui, en s'appliquant complètement par rapport à un individu, empêcheraient la même loi ou une autre loi, également naturelle, de s'appliquer par rapport à un autre individu. Selon l'expression de Domat, le droit positif doit chercher à rendre le droit naturel « applicable » de la façon la plus conforme à la justice. Il y aura donc dans la loi certaines prohibitions qui auront pour seul but de permettre une juste application du droit naturel ; ces prohibitions sont dans le sens même de l'ordre naturel. Et, si les personnes que ces lois entendent protéger justement veulent librement renoncer à cette protection, la loi naturelle qui reconnaît la liberté des conventions ne s'y oppose pas. Par contre, il y a d'autres dispositions qui empêchent l'application d'un principe de droit naturel dans un but, non plus de plus grande justice, mais dans un but autre, un but d'ordre public ; c'est à ces dernières lois qu'on ne peut déroger par des conventions particulières. Quelles sont ces lois ? Le Code ne le dit pas. C'est à la doctrine et à la jurisprudence qu'il appartient de les déterminer.

Le Code prévoit d'ailleurs un ordre public plus général, indépendamment des lois. Tel l'article 1133 du Code civil. C'est dans ce sens aussi qu'il faut entendre l'article 686, reconnaissant aux propriétaires le droit d'établir sur leur propriété ou en faveur de leur propriété telles servitudes que bon leur semble, pourvu que ces servitudes n'aient rien de contraire à l'ordre public.

Quel est cet ordre public qui vient mettre obstacle aux manifestations de la volonté individuelle ? Le Code ne s'en explique pas : c'est encore une question de doctrine et de jurisprudence.

Le Code civil semble donc prévoir deux sortes de cas où l'ordre public intervient :

1° Il y a un certain nombre de lois dites lois d'ordre public qui, restreignant la liberté individuelle dans un but d'utilité publique, s'imposent avec plus de rigueur que les autres lois (art. 6) ;

2° D'une façon plus générale, toutes les fois qu'un acte juridique, bien que découlant d'un droit naturel, pourrait blesser l'ordre public, cet acte est interdit (art. 1133, 686).

Tel est le principe général que l'on sous-entend même dans les articles qui ne le reproduisent pas expressément, comme les articles 1388, 1172 et 900. On trouve, dans le même ordre d'idées, une disposition de l'article 83 du Code de procédure civile qui décide : seront communiquées au procureur de la République les causes concernant l'ordre public, l'Etat, le Domaine, etc...

Il est intéressant de voir les applications concrètes de ces principes imprécis et formulés d'une manière non systématique. Je ne compte évidemment pas passer en revue tous les cas qui se sont présentés, où la jurisprudence a fait appel à l'ordre public, soit à propos d'un texte, soit dans une question de fait. J'ai seulement choisi, parmi l'énorme quantité d'arrêts qui ont servi à mon étude, ceux qui m'ont semblé le plus caractéristiques et qui montrent le mieux l'idée directrice de la jurisprudence. Je laisse également de côté les dispositions de droit public réglant l'existence et l'organisation de l'Etat, règles que l'on s'accorde à reconnaître d'ordre public. J'étudierai seulement les principaux cas où l'ordre public apparaît au sujet des règles de droit privé.

CHAPITRE II

L'ordre public et le droit de propriété

SECTION I

Les servitudes légales

La Déclaration de 1789, revenant d'une part à la tradition romaine, et influencée d'autre part par les théories des physiocrates, faisait de la propriété un droit inviolable et sacré. Le Code civil reprend la même idée en déclarant le droit de propriété un droit absolu (art. 544).

Cependant, cette institution individualiste, malgré son caractère théoriquement absolu, subit, comme en droit romain, des restrictions, soit dans un intérêt privé, soit dans un intérêt public. Je ne ferai pas ici l'étude de toutes les restrictions imposées dans l'intérêt d'un autre propriétaire : ce sont les restrictions que le Code civil appelle : « servitudes naturelles », non pas établies mais seulement consacrées par la loi, et qui ont pour fondement, comme je l'ai montré à propos du droit romain, le droit naturel lui-même et non l'ordre public. Je me bornerai à mentionner rapidement ce que le Code civil appelle : « servitudes légales » (1), c'est-à-dire établies par

(1) On a beaucoup critiqué cette division, lui faisant le reproche d'être une systématisation mauvaise et d'employer à tort le mot servitude. Je n'entrerai pas dans la discussion et j'adopte ici les expressions mêmes du Code pour une plus grande facilité.

la loi. Ces servitudes elles-mêmes ont pour objet l'utilité publique ou l'utilité des particuliers (art. 649).

§ I. — RESTRICTIONS D'UTILITÉ PUBLIQUE

a) Il faut d'abord citer les servitudes militaires, interdiction de construire ou de planter dans un certain périmètre autour des forts ou places de guerre — servitudes établies dans l'intérêt de la défense nationale —, et les restrictions à la culture du tabac et au droit de fabrication de l'alcool pour les bouilleurs de crus, etc., établies dans un intérêt fiscal. C'est de même « dans l'intérêt de la défense nationale et du maintien de l'ordre public » (Répertoire Dalloz, au mot Poudre, n° 10) que l'Etat s'est réservé le monopole de la fabrication et de la vente des poudres (Loi du 13 fructidor an V, art. 16 et 24).

b) Ce sont ensuite les lois ou règlements de voirie, qui imposent aux propriétaires des prohibitions ou des obligations relatives à l'alignement, au nivellement, à la hauteur des constructions, à la réparation ou à la démolition des bâtiments menaçant ruine, etc..., les prescriptions relatives aux établissements dangereux, incommodes ou insalubres (Décrets du 3 mai 1886 et du 5 mai 1888; loi du 19 déc. 1917) ; les prescriptions relatives à la construction des cheminées ou des fosses d'aisance, ou des fours, ou des étables (art. 674 C. civ.; Lyon, 25 oct. 1910, D. P., 1913, 2, 351, et S., 1913, 2, 118) ; celles relatives à l'établissement du tout à l'égout, à l'assainissement des logements insalubres, au dessèchement des marais, au dépôt des matières inflammables le long des voies ferrées, etc. (Loi du 15 juill. 1845 sur la police des chemins de fer ; loi du 13 avril 1850 relative à l'assainissement des logements insalubres, abrogée par la loi du 15 fév. 1902 relative à la protection de la santé publique...). Tous ces textes sont d'ordre public comme étant fondés sur des motifs de sécurité et de salubrité publiques, — c'est-à-dire concernant la valeur physique du pays.

c) Les lois établissant sur les propriétés riveraines d'un cours d'eau navigable ou flottable, ou d'un canal, la servitude de marchepied et de halage, pour les besoins de la navigation et de la circulation (art. 556, al. 2, et 650 C. civ. ; Cass. civ., 25 oct. 1932, *Gaz. Trib.* 1932, 1, 98 ; S. 1933, 1, 108). De même, la servitude consistant à supporter l'établissement, sur les immeubles, de consoles ou de poteaux pour lignes de distribution d'énergie électrique, déclarées d'utilité publique (loi du 15 juin 1906). De même encore les prescriptions concernant le défrichement des forêts, le reboisement, la culture de la vigne en vue de la destruction du phylloxéra, etc. ; la défense de bâtir dans un certain périmètre de protection autour des bois et forêts soumis au régime de la protection (Code forestier, art. 151-158) ; les obligations imposées aux propriétaires pour le classement de leurs constructions comme bâtiments historiques ou en vue de la protection des sites et paysages, etc.

Il faut surtout mentionner les lois sur l'exploitation des mines et minières, et sur l'usage des eaux.

Les dispositions du Code civil au sujet de la propriété des mines, dispositions logiques quant à leur principe, étaient dans leur application incompatibles avec l'intérêt général. Car, pour être fructueuse, et sans trop de danger pour les travailleurs, l'exploitation des mines exige de gros capitaux. Or, « il importe à l'Etat que les mines soient exploitées dans des conditions avantageuses. En effet, les richesses minérales d'un pays constituent l'une de ses principales ressources, indispensables à l'essor de son industrie, souvent même à la défense nationale. Le droit supérieur de la collectivité n'est donc pas ici conciliable avec les conséquences logiques extrêmes du concept de la propriété individuelle » (Colin et Capitant, Cours élém. de dr. civ. fr., t. I, p. 723). C'est pour ces raisons que le régime napoléonien promulgua la loi du 21 avril 1810 sur les mines, loi qui, partiellement modifiée par celles du 27 juillet 1880, du 9 septembre 1919, et du 16 dé-

cembre 1922, apporte un tempérament considérable à l'article 552 C. civ.

Pour la propriété des eaux courantes, la loi domaniale des 22 novembre-1^{er} décembre 1790 (reproduite par l'art. 538 du Code civil), attribuant au domaine public les rivières navigables et flottables, les lois du 14 juillet 1856 et du 12 février 1883 sur les sources d'eaux minérales, et surtout la loi du 8 avril 1898, sont autant de progrès vers la socialisation des eaux courantes. Lors de la rédaction de la loi de 1898, le Sénat avait voté un texte qui allait jusqu'à supprimer le droit de propriété du maître du sol sur les sources, en ne lui laissant qu'un droit de priorité pour l'usage des eaux. Cette solution a été consacrée à peu de choses près par le Code civil suisse (art. 170, al. 1). Mais la Chambre recula. Le droit de propriété du maître du sol sur la source fut en principe conservé ; on se contenta de lui faire subir la nouvelle restriction de l'article 643 C. civ. pour le cas où l'eau issue de la source constitue un « cours d'eau ».

Plus radicale est la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie électrique, qui soustrait à l'appropriation privée la force motrice des cours d'eau. L'ancien régime avait défendu au profit de la collectivité la seule forme d'utilisation sociale des cours d'eau qui fut alors concevable : leur navigabilité. La loi de 1919 fait profiter le pays de la valeur économique autrement considérable représentée par les immenses réservoirs de force motrice inclus dans les petits cours d'eau.

Il faut encore citer la loi du 3 mai 1841 (art. 545 C. civ.), qui permet à un service public, si l'utilité publique l'exige, de déposséder un particulier d'un immeuble qui lui appartient, moyennant une juste et préalable indemnité.

Toutes ces restrictions du droit de propriété sont d'ordre public comme étant fondées sur des motifs d'économie nationale concernant la valeur économique et artistique de la nation.

Ainsi, dans tous ces exemples, les restrictions au droit de propriété, dites d'ordre public, ont eu pour but soit l'intérêt de la défense nationale, soit la sécurité et la salubrité publiques, soit enfin l'économie nationale. Ces mesures ont été prises en vue de conserver et d'augmenter la valeur physique, économique et esthétique de la nation.

§ II. — RESTRICTIONS D'UTILITÉ PRIVÉE

La définition de la propriété donnée par Pothier était : « Le droit de disposer d'une chose comme bon semble, sans donner atteinte au droit d'autrui, ni aux lois » (Traité du domaine de propriété, n° 4). Le Code civil n'a pas reproduit cette définition, mais on ne peut pas en conclure que le législateur ait voulu exclure la limitation qui résulte de la définition de Pothier et qui a pour objet de sauvegarder les intérêts privés (V. Aubry et Rau, 5^e éd., t. 2, n° 193, p. 302 ; Laurent, t. 6, p. 136 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 215).

Le Code civil a fait des applications formelles de cette idée, en réglant les rapports de contiguïté ou de voisinage entre des fonds appartenant à des propriétaires différents, spécialement en ce qui concerne la mitoyenneté (art. 653 à 673), l'écoulement des eaux (art. 681), les jours et vues sur les propriétés voisines (art. 675 à 680), la distance des plantations (art. 671 à 673), le droit de passage (art. 682 et ss.).

En ce qui concerne l'article 674 réglementant l'établissement de certaines constructions, la jurisprudence déclare qu'« il n'a pas eu seulement en vue la protection de la propriété, il a eu pour but également d'assurer la sécurité et la salubrité publiques » (Lyon, 25 octobre 1910, S. 1913, 2, 118, avec note). Donc, tantôt l'article 674 sera d'ordre public, et tantôt il ne le sera pas.

Le principe qui se dégage de ces dispositions est que : « tout propriétaire est limité dans l'exercice de son droit par

la défense de porter atteinte au droit égal du propriétaire voisin » (Répertoire Dalloz, V^o propriété, n^o 47).

Ces dispositions ne sont donc pas à proprement parler édictées dans un « intérêt privé ». Elles profitent bien à un particulier, c'est vrai ; mais leur but n'est pas de donner une faveur à un propriétaire aux dépens d'un autre propriétaire. Leur véritable but est de permettre une juste application d'un principe déclaré naturel : le droit de propriété. Car, si ce droit de propriété proclamé absolu est, dans certains cas, limité par rapport à un propriétaire, c'est pour permettre sa plus juste application possible en considération des deux propriétaires en présence.

Ces limitations au droit de propriété, tout en ayant des effets à un point de vue particulier, privé, ont donc pour cause la volonté de servir la justice, le désir d'instaurer dans le pays une justice humaine. Ces dispositions ont pour fondement l'ordre naturel.

Il y a une importance pratique à distinguer ainsi les servitudes fondées sur l'ordre naturel de celles fondées sur l'ordre public :

Les servitudes d'ordre naturel restreignent le droit de propriété dans le but de permettre une plus complète et plus juste application de ce droit naturel, d'où, s'il plaît aux propriétaires de toucher à ces dispositions, d'y déroger par une convention, la loi s'efface devant cette volonté librement exprimée. Car, si le propriétaire, dont le droit était protégé par la loi, consent à diminuer son droit de propriété moyennant d'autres avantages, pourquoi la loi, qui ne cherche qu'à lui permettre le libre exercice de ce droit de propriété, s'y opposerait-elle ?

De plus, quand la loi, à défaut de conventions, s'applique, comme elle n'a d'autre but que la justice, elle ne restreint le droit de propriété d'un propriétaire que moyennant une indemnité versée par le propriétaire favorisé. Enfin, les dispositions de la loi, qui peuvent être modifiées par la volonté des

propriétaires, peuvent aussi être modifiées par la prescription, qui est, ainsi que je le montrerai plus loin, une mesure d'ordre public.

Les servitudes dites d'ordre public ont, d'après la jurisprudence, les caractères opposés : elles ne donnent pas lieu à indemnité, à moins qu'il n'y ait expropriation (Répertoire Dalloz, V^o propriété, n^o 45) ; elles ne peuvent être modifiées ni par la convention, ni par la prescription, car on ne peut s'affranchir ni par la convention (art. 6 C. civ.), ni par la prescription (Lyon, 25 oct. 1910, S. 1913, 2, 118), « des mesures imposées dans un intérêt public » (note sous l'arrêt précité). La Cour de Bordeaux a jugé, en ce sens, que celui qui a acquis par prescription le droit d'avoir des fosses d'aisance adossées aux fondations du mur du voisin, ne cesse pas pour cela d'être tenu d'exécuter les travaux qui pourraient être jugés nécessaires dans un intérêt de police (V. Bordeaux, 18 mai 1858, S. 1859, 2, 177).

Je vois cependant quelques difficultés au sujet de certaines dispositions que le législateur a, semble-t-il, introduit pour servir le droit de propriété, et auxquelles la jurisprudence paraît accorder aujourd'hui un des caractères reconnus aux dispositions d'ordre public : je veux parler du droit de passage en cas d'enclave, et des obligations relatives à l'irrigation et au drainage. Le Code civil et une jurisprudence ancienne semblaient les classer parmi les servitudes d'utilité privée (art. 682 C. civ.) ; cependant, elles sont faites pour favoriser l'exploitation agricole et industrielle des terres, et cette augmentation du rendement des terres ne sert pas seulement l'intérêt individuel, mais aussi l'intérêt de la nation. C'est là ce qu'on admet aujourd'hui. Ne lit-on pas, déjà, dans Baudry-Lacantinerie (Précis de Dr. civ., t. I, p. 884), à propos du droit de passage en cas d'enclave : « L'intérêt général, qui exige que toutes les propriétés foncières puissent être exploitées, justifie l'atteinte qui se trouve ainsi apportée au droit de propriété des voisins » ?

Et la jurisprudence récente s'affirme nettement en ce sens: « Attendu, dit un arrêt de la Cour de Poitiers en date du 21 juillet 1931 (S. 1931, 2, 229), qu'en établissant le droit de passage pour cause d'enclave, le législateur a voulu que les fonds qui n'ont aucun accès sur une voie publique ne restassent pas inexploités par suite de l'impossibilité pour leurs propriétaires d'y accéder ; que cette considération impérieuse d'économie nationale doit primer toutes les autres », etc...

Pourquoi ce changement ? Sans doute parce qu'autrefois la place ne manquait pas, la terre à cultiver était moins rare et moins précieuse, les conditions économiques étaient différentes. Aujourd'hui, la nation a besoin d'utiliser toutes ses ressources ; c'est pour elle une question d'ordre public. C'est pourquoi le droit de passage en cas d'enclave, autrefois servitude naturelle, devient aujourd'hui servitude d'ordre public.

En conséquence, il semble bien qu'on ne puisse pas s'affranchir de cette obligation par la prescription (2). Par contre, le propriétaire a droit à une indemnité; il est vrai que, bien que cette indemnité ne soit pas préalable (Req., 15 juin 1875, S. 1876, 1, 349, D. P. 1876, 1, 502), on pourrait la rapprocher de celle prévue en cas d'expropriation pour utilité publique : les dispositions sur le passage en cas d'enclave ne seraient alors, tout comme les dispositions relatives à l'irrigation et au drainage, qu'une variante de l'expropriation pour utilité publique, si l'on considère de plus le fait que ces droits ne sont pas acquis *ipso jure*, mais qu'ils consistent en une simple faculté d'acquérir un droit de passage par une sorte d'expropriation des propriétaires voisins, accordée par le tribunal (V. Colin et Capitant, op. cit., t. I, p. 718 ; Baudry-Lacantinerie, op. cit., p. 889).

Pour l'article 663 C. civ. sur l'obligation de contribuer à la clôture dans les villes et faubourgs, il y a aussi discussion. La

(2) V. COLIN et CAPITANT, *op. cit.* t. 2, p. 131. Il est vrai qu'ils disent exactement le contraire t. 1, p. 990.

jurisprudence permet au propriétaire actionné par son voisin de se soustraire à la dépense de construction, en abandonnant la part de terrain nécessaire à l'emplacement de la moitié du mur à édifier (Nancy, 12 nov. 1892, D. P. 93, 2, 519, S. 93, 2, 119). La tradition de notre ancien droit admettait la solution contraire (Pothier, Commentaire de la Coutume d'Orléans, art. 234, éd. Bugnet, tome I, p. 324). Certains auteurs (v. notamment Colin et Capitant, op. cit., t. I, p. 761) déclarent l'article 663 d'ordre public, et rejettent la solution de l'arrêt précité.

Ainsi, il est des servitudes naturelles, instaurées par le législateur pour servir le droit naturel lui-même ; et il est des servitudes d'ordre public, entrave apportée au droit naturel de propriété par le législateur, en considération de la valeur physique, esthétique ou économique, de la Nation, considération impérieuse et qui doit primer toutes les autres. Et certaines servitudes, créées en tant que servitudes naturelles, se sont transformées aujourd'hui, avec les besoins de l'économie nationale, en servitudes d'ordre public.

SECTION II

La prescription

Le titre du Code civil placé sous la rubrique de la Prescription (livre III, Titre XX) traite de deux institutions différentes : la prescription acquisitive ou usucapion, et la prescription extinctive ou libératoire. On a critiqué les rédacteurs du Code civil pour avoir rapproché deux institutions aussi différentes ; au fond, leur méthode n'est pas si mauvaise puisque les deux prescriptions se justifient par des raisons analogues.

Mais comment peut se justifier une institution qui a pour effet de spolier le véritable ayant-droit au profit d'un usurpateur, de dépouiller le propriétaire de son droit de propriété, le créancier de son droit de créance ? Comment expliquer qu'aboutissant ainsi à consacrer une iniquité, la prescription ait été admise et le soit encore par la législation de tant de peuples civilisés ? Cette question n'est d'ailleurs qu'une face d'un problème plus général, celui de savoir comment se justifie la protection de la possession.

On donne plusieurs explications ⁽³⁾ :

1° Lorsqu'un état de fait s'est prolongé longtemps, il peut être fâcheux de porter atteinte à l'ordre de choses établi. « *Quieta ne moveas* ». L'ordre social est intéressé à la fixité des situations (V. Savigny, Traité de la possession).

2° Si une personne a possédé longtemps une chose, il est à présumer qu'elle est vraiment propriétaire. Ainsi envisagée, la prescription ne serait que l'indice de l'existence d'un titre antérieur qui ne se retrouve pas. « *Vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi* », disait la loi romaine (Dig., 50, 16, 28). Cette justification s'applique aussi bien à la prescription libératoire qu'à la prescription acquisitive. La prescription ne serait qu'une présomption légale de propriété ou de libération (art. 1350, C. civ.). Sans elle, rien ne serait stable : un propriétaire ne serait jamais assuré de conserver son bien, puisqu'il devrait établir la « *probatio diabolica* », un débiteur n'aurait jamais la certitude de ne pas être obligé de payer deux fois. Si la prescription a parfois des résultats contraires à l'équité, elle consolide le plus souvent les titres légitimes de propriété ou de créance qui ne se suffisent pas à eux-mêmes, ou supplée au titre perdu (V. Ihering, Fondement de la protection possessoire). Elle établit la sécurité dans les transactions, la stabilité dans les fortunes privées, la paix entre les particuliers et l'ordre dans l'Etat.

(3) Cf. *supra* : Le Droit romain, sect. II, La protection possessoire.

C'est la pensée qui animait l'orateur du Gouvernement lorsqu'il déclarait, dans l'exposé des motifs de la loi : « De toutes les institutions du droit civil, la prescription est la plus nécessaire à l'ordre social ». Nos anciens lui avaient déjà décerné le titre de « *patrona generis humani* ».

3° Une troisième explication a été indiquée (voir Colin et Capitant, op. cit., t. 1, p. 885), qui me semble intéressante par les conséquences qu'on en peut tirer. Le propriétaire qui laisse, dit-on, pendant de longues années, sa chose aux mains d'un autre possesseur, commet une négligence incontestable, dont il est assez naturel qu'il subisse un jour la punition. Mais est-ce vraiment naturel ? Le droit de propriété est un droit absolu sur une chose, et en particulier le droit pour le propriétaire d'en jouir ou de n'en pas jouir à son gré. De quoi doit-il être puni s'il ne fait qu'user de son droit ? A moins qu'on ne puisse établir qu'en n'utilisant pas sa chose il n'use pas de son droit mais qu'il en abuse ⁽⁴⁾ (cf. L. Josserand, L'esprit des droits dans leur relativité). L'intérêt national exige qu'aucune richesse du pays ne reste inutilisée. Le droit de propriété ne serait reconnu aux citoyens que dans l'intérêt social, et son exercice trouverait sa limite dans cet intérêt social lui-même. La prescription ne serait que la sanction légale du détournement du droit de propriété dans sa fonction sociale. Stuart Mill reconnaissait ainsi que la Société avait pu légitimement, pour des raisons « d'utilité sociale », accorder au propriétaire un « bail perpétuel ». Mais, ajoutait-il, quand le propriétaire, généralement parlant, cesse d'améliorer sa terre, l'économie n'a rien à dire pour défendre cette propriété telle qu'elle est établie (St-Mill, Principes, t. 1, trad. Courcelle-Seneuil, p. 128). Et cependant, pourra-t-on dire, si la prescription est d'ordre public, pourquoi, en matière de propriété, la prescription acquisitive existe-t-elle seule ?

(4) La théorie de l'abus du droit, du moins dans sa forme actuelle, n'est sans doute autre chose qu'une théorie d'ordre public. Et la loi du 19 juillet 1928 sur le délai-congé consacre cette idée. (V. Pic, *Législ. indus.*, p. 847 et 855).

pourquoi l'action en revendication ne s'éteint-elle pas par la prescription ? Le propriétaire qui se désintéresse de sa propriété est puni par la loi, mais seulement dans le cas où un possesseur exploite à sa place cette propriété. C'est-à-dire que le possesseur qui fait valoir une propriété est préféré par la loi au propriétaire qui n'utilise pas son bien. Pourquoi la loi ne prévoit-elle aucune sanction contre le propriétaire qui délaisse sa propriété, dans le cas où aucun possesseur n'est venu l'utiliser ? Sa faute sociale est cependant la même.

Il y a, dans le système, un défaut de logique. Le législateur de 1804 avait trop proclamé que le droit de propriété était individuel et absolu pour pouvoir tirer toutes les conséquences du principe implicitement posé par la prescription. Si une révision du Code civil intervenait aujourd'hui, le législateur serait peut-être plus hardi. Peut-être proclamerait-il hautement le principe véritable sur lequel est fondé la prescription : le droit de propriété n'est reconnu par l'Etat aux citoyens que pour l'utilité publique. Si la propriété reste une non-valeur aux mains du propriétaire, elle se prescrira, soit en faveur du possesseur, soit en faveur de l'Etat. Pourquoi pas ? L'Etat ne s'attribue-t-il pas déjà les biens vacants et sans maître (art. 713 C. civ.) et les successions en déshérence (art. 768 C. civ.) ? La Cour de Cassation a d'ailleurs, en somme, déjà appliqué ce principe (Req., 5 mai 1879, D. P. 80, 1, 145, note de M. Ch. Beudant, S. 79, 1, 313).

Et n'était-ce pas au fond déjà l'idée de Domat quand il déclarait que « la police pourrait obliger les propriétaires des héritages de la campagne à les cultiver, et à leur défaut y pourvoir par d'autres... » ?

Des lois récentes étrangères ont été plus hardies que la nôtre. La Constitution de Weimar du 11 août 1919, dans son article 153, garantit bien la propriété, mais déclare que son contenu et ses limites résultent des lois. Désormais, propriété oblige. L'usage de la propriété doit être en même temps un service rendu à l'intérêt général, un service social.

Et la *Gaceta de Madrid* publiait le 8 mai 1931 un décret interdisant aux propriétaires d'abandonner le labour des terres. « Les commissions municipales de police, y est-il dit, surveilleront les terres qui, déjà défrichées, ne sont pas labourées à l'époque où elles devraient l'être. Les commissions prieront les propriétaires de réaliser les travaux nécessaires, suivant un programme élaboré d'accord avec les services techniques de l'Etat et un expert. Le propriétaire pourra provoquer une contre-expertise. En cas de désaccord, le juge de paix statuera sans appel. Ces diverses formalités ne devront pas durer plus de dix jours. Si le propriétaire ne se présente pas devant le juge ou ne commence pas dans le délai de quarante-huit heures les travaux indiqués par la commission de police ou le juge de paix, la commission ordonnera que ces travaux soient effectués par des ouvriers qu'elle désignera. Le propriétaire, une fois les travaux terminés, devra payer le salaire de ces ouvriers dans un délai de trois jours. Si le propriétaire ne paye pas, ses biens seront saisis et vendus aux enchères. »

Et dans notre législation elle-même, ne pourrait-on voir un timide pas fait en ce sens par la loi du 3 janvier 1924 sur les cimetières (*Journ. off.* 5 janv., S. 1924, 5, 1369), qui autorise les communes à reprendre, après 75 ans, une concession centenaire ou perpétuelle « lorsqu'elle aura cessé d'être entretenue » ? « Les concessions, même à titre perpétuel, lit-on dans les travaux préparatoires de la loi, ne constituent pas des actes de vente. Le droit du concessionnaire est plus qu'un droit de bail et moins qu'un droit de propriété, un droit immobilier de jouissance avec affectation spéciale et nominative » (Commission de la Ch. des Députés).

On a même soutenu (travaux préparatoires) que le concessionnaire prenait l'engagement tacite mais formel de jouir du terrain par lui ou ses ayants-droit de telle façon que le lieu affecté au culte des morts soit respecté.

Est-ce que, par une condition analogue, tacite et formelle,

sous-entendue dans toutes les ventes, on arrivera à faire entrer une prescription absolue et générale dans les cadres du droit civil ; est-ce que la loi l'imposera sans subterfuge au nom de l'ordre public ?... On ne sait. Mais on peut prévoir, dès maintenant, une réforme en ce sens.

Déjà une loi (loi de finances du 25 juin 1920, art. 111 ; décret du 14 mai 1921) n'a-t-elle pas attribué à l'Etat : 1° le montant des coupons, intérêts ou dividendes atteints par la prescription quinquennale de l'article 2277 ; 2° les actions, parts de fondateurs, obligations et toutes autres valeurs atteintes par la prescription trentenaire ; 3° les dépôts de sommes d'argent dans les banques, lorsqu'ils n'ont fait l'objet d'aucune opération de la part des ayants-droit depuis 30 ans ? Pourquoi ne généraliserait-on pas de telles mesures ?

De toute façon, il ressort nettement de ces différentes explications : 1° que la prescription est une violation légale du droit de propriété ou de créance ; 2° qu'elle a été établie non pas pour favoriser le possesseur, ou le propriétaire, ou le débiteur, en tant qu'individus, mais pour assurer la paix sociale, la sécurité publique et la mise en valeur des richesses. C'est une institution d'ordre public. L'ordre public seul pourra lui faire échec. On ne prescrit pas contre l'ordre public (Répertoire Dalloz, V° prescription, n° 70). La prescription ne pourra donc faire acquérir des droits contraires à l'ordre public, par exemple les droits entachés de féodalité (Cass. civ., 4 avril 1865, D. P. 66, 1, 29, et 28 mai 1873, D. P. 73, 1, 264). A l'inverse, la prescription ne peut éteindre des obligations d'ordre public telles que l'obligation des concessionnaires de travaux de dessèchement d'entretenir un bassin creusé pour servir au dessèchement d'un marais (Conseil d'Etat, 19 avril 1855, D. P. 55, 3, 83), l'interdiction résultant du décret du 8 mars 1848 de pratiquer tout sondage et tout travail souterrain dans un périmètre de mille mètres des sources minérales régulièrement autorisées (Cr. 29 août 1856, D. 56, 1, 417). On ne peut pas prescrire contre un règlement

administratif des eaux, notamment lorsqu'il a pour but de sauvegarder les intérêts généraux et publics attachés à la jouissance des eaux qu'un canal privé d'irrigation emprunte à une rivière (Répertoire Dalloz, V^o prescription, n^o 72). On a vu précédemment que les servitudes légales d'ordre public sont imprescriptibles. Les biens du domaine public sont imprescriptibles (art. 2226 C. civ.). Cette imprescriptibilité est d'ordre public (Req. 9 avril 1856, D. P. 1856, 1, 188).

Une des conséquences du fait que la prescription est « basée sur des applications d'ordre public » (Baudry-Lacantinerie, op. cit., tome III, p. 903) est qu'on ne peut y renoncer d'avance (art. 2220 C. civ.). « La prescription étant nécessaire pour le maintien de l'ordre social, dit l'orateur du Gouvernement dans l'exposé des motifs de la loi, elle fait partie du droit public auquel il n'est pas libre à chacun de déroger. » Tout ce que l'intérêt social exige, c'est que les actions aient un terme, mais la renonciation à une prescription acquise ne peut causer aucun préjudice à la société.

CHAPITRE III

L'ordre public et l'état des personnes

SECTION I

Le mariage

S'il est, du point de vue individuel, un acte qui doive, selon le droit naturel, être libre, c'est bien l'union de l'homme et de la femme. Et c'est ainsi, comme on l'a vu plus haut, que le concevait le droit canonique primitif. Et cependant, dans toutes les sociétés civilisées, dans quel ensemble compliqué de formalités et de prohibitions n'est-il pas enfermé! C'est qu'à la base même de la société et de l'Etat, tels qu'ils sont conçus actuellement, on place la famille comme « une des conditions de l'équilibre social » (L. Josserand, *Dr. civ.*, t. I, p. 354). « La société reposant sur la famille et la famille constituant un groupement qui s'impose aux individus, le statut familial est d'ordre public » (Planiol et Ripert, *Traité*, t. I, p. 324). Toute loi concernant la conservation des familles touche au centre même du problème de l'ordre public (V. Niboyet, note au Sirey, 1931, 1, 9).

La famille est un groupement social, organisé par le législateur dans l'intérêt de la cité, et plus ou moins arbitraire, en ce sens que les règles de ce groupement peuvent varier suivant les époques et les Etats. Le lien de famille est un lien, non pas naturel, mais légal. Or, c'est le mariage « le point central de la famille » (L. Josserand, *op. cit.*, tome I, p. 355 ; cf. Paris 18 mars 1932, *Gaz. Trib.* 26 avril 1932). Sa portée

dépasse donc les intérêts des époux, et s'étend à la société tout entière, laquelle, on a pu le dire, est toujours *partie* dans tous les mariages, bien qu'ils soient contractés par des particuliers (Colin et Capitant, *op. cit.*, tome I, p. 114). Toutes les lois faites en vue de constituer ou de sauvegarder la cellule sociale qu'est la famille, contre la volonté même des individus (volonté qui devrait pourtant, d'après le droit naturel, être maîtresse en cette matière), seront des lois d'ordre public. Telles sont les règles relatives à la formation du mariage et celles établissant les obligations et les droits qui naissent du mariage.

Les règles relatives à la formation du mariage sont d'ordre public. On ne peut les modifier ni par la convention ni par la possession d'état. S'il a été contracté en violation des prescriptions et prohibitions légales, le mariage, institution créée par la loi, est nul. Cependant la nullité n'en est pas toujours d'ordre public. Car il est de l'intérêt de l'Etat d'admettre l'existence de la nouvelle famille créée, si son existence ne porte pas atteinte à l'ordre public. Or, certaines règles de la formation du mariage ont été établies en vue de protéger la libre volonté des époux. Par exemple l'exigence du libre consentement des parties est une règle d'équité de pur droit naturel. De même, la nécessité de l'autorisation des parents a été instituée non seulement dans l'intérêt de la famille, mais aussi dans l'intérêt du mineur lui-même dont on présume que la volonté, pour être complètement libre et lucide, a besoin de s'appuyer sur l'assentiment de ses protecteurs légaux. C'est pourquoi la sanction de ces deux règles sera seulement la nullité relative ⁽¹⁾.

Au contraire, la nullité qui frappe le mariage d'un impubère est absolue, d'ordre public, fondée sur le désir d'assurer la moralité publique et la préservation de la race. Pourtant, lorsque l'impubère a atteint sa majorité matrimoniale, ou

(1) Pour l'étude des incapacités, V. *Infra*, chapitre V, sect. I.

que la femme impubère a prouvé, par une grossesse, qu'elle était pubère sinon en droit du moins en fait, l'Etat a tout intérêt à consolider ce mariage qui n'est plus alors contraire à l'ordre public. C'est pourquoi, dans ce cas, la nullité peut se couvrir.

Lorsqu'un mariage est entaché du vice d'inceste ou de bigamie, prohibitions fondées sur des motifs d'utilité sociologique et de moralité publique, c'est-à-dire sur des considérations d'ordre public (Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. 1, p. 253 ; et surtout Niboyet, note au S. 1931, 1, 9), il est frappé d'une nullité absolue. Pourtant le Ministère public, gardien de l'ordre public, ne peut demander la nullité d'un mariage contracté en contravention aux articles 147 et 161 du Code civil, que du vivant des deux époux (art. 190 C. civ.). L'intervention du Procureur de la République se justifie, en effet, « par les nécessités de l'ordre et pour cesser un scandale » ; or, lorsque le mariage a pris fin par le décès de l'un des conjoints, le scandale a cessé, et « une action en nullité aurait l'inconvénient de le renouveler, elle présenterait peu d'avantages et beaucoup d'inconvénients » (L. Josserand, *op. cit.*, t. 1, p. 411).

Une dernière nullité d'ordre public sanctionne la clandestinité du mariage ou l'incompétence de l'officier de l'état civil. Car la publicité a été introduite pour empêcher la célébration des mariages contraires aux lois, et pour porter à la connaissance des tiers ceux que les lois autorisent. Et l'importance attachée par le législateur à l'intervention de l'officier de l'état civil du domicile d'une des parties s'explique par des considérations identiques, à savoir que les époux doivent être contraints de se marier dans une commune où ils sont connus. Mais, comme l'Etat a intérêt à maintenir et consolider les mariages qui ne sont pas manifestement contraires à l'ordre public, on s'accorde à reconnaître au juge un grand pouvoir d'appréciation en ce qui concerne la clandestinité et l'incompétence de l'officier de l'état civil. Le juge devra donc

peser, d'un côté l'intérêt qu'a la société à valider un mariage (le mariage étant, comme on l'a dit, la « pépinière de l'Etat »), et d'un autre côté l'intérêt qu'a l'Etat à réglementer étroitement la formation du mariage. Suivant le côté duquel s'inclinera la balance, le juge accordera ou non la nullité (V. Cass. 1^{er} août 1930, D. P. 1931, 1, 169, note Lalou, *Gaz. Pal.* 1931, 1, 26 ; trib. civ. Seine 26 mai 1930, D. H. somm., p. 31 ; Alger 3 fév. 1930, D. H. somm., p. 17).

Les nullités absolues de mariage, restriction grave au droit naturel des individus de s'unir librement, sont donc fondées sur une double préoccupation de l'ordre public : frapper les mariages contractés sans les formalités imposées dans un but de moralité publique et de préservation de la race, mais ne les frapper que lorsque c'est absolument indispensable, pour ne pas risquer, par des procès trop fréquents, d'ébranler le mariage, et par suite la société, jusque dans leurs bases. C'est pourquoi il n'y a d'autres nullités de mariage que celles qui ont été prononcées expressément par un texte formel. « Le mariage tient trop essentiellement à l'ordre social pour avoir été impunément livré à toutes les mauvaises passions » (Req. 12 nov. 1844, D. P. 1845, 1, 98, S. 1845, 1, 246 ; voir aussi : Douai 28 déc. 1908, D. P. 1909, 2, 102). Il n'appartient pas au juge de créer à volonté des nullités de mariage « à l'aide d'arguments d'analogie ou de considérations d'équité » (L. Josserand, *op. cit.*, t. 1, p. 400 ; sic Aubry et Rau, t. VII, n° 458 ; et Ch. Baudant, t. 1, n° 275 ; et Huc, t. II, n° 124).

SECTION II

Droits et obligations qui naissent du mariage

La parenté résulte de la communauté du sang. Le fait qui lui donne naissance est le fait matériel de la procréation ; il est indépendant de la loi. Au contraire, le fait qui produit

le lien de famille est une institution créée et sanctionnée par la loi : le mariage. Le lien de parenté est un lien naturel. Le lien de famille est un lien légal.

Les droits et les obligations qui naissent, non pas du seul lien de parenté, mais du lien de famille, c'est-à-dire fondés sur des formalités légales ou sur des probabilités, des vraisemblances plus ou moins significatives (comme la présomption de l'art. 312 C. civ.) auxquelles l'intérêt social commande d'ajouter foi (voir Colin et Capitant, op. cit., t. I, p. 257), sont formulés par des textes d'ordre public.

Ils n'apparaissent pas comme l'expression pure et simple d'une loi de nature immuable, mais comme des institutions légales susceptibles de recevoir une forme et une organisation différentes suivant les temps et les mœurs. Tels sont, par exemple, l'obligation alimentaire, l'autorité maritale et paternelle, la réserve, et les droits de filiation.

§ I. — L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

L'obligation alimentaire entre époux se rattache au devoir réciproque de secours et d'assistance né du mariage (art. 212 C. civ.). Entre parents et enfants, elle naît « du seul fait du mariage » (art. 203 C. civ.). Entre parents et alliés, elle provient également du seul mariage, puisque seul le mariage crée l'alliance. La créance d'aliments est d'ordre public ⁽²⁾ (Cass. Req., 27 mars 1922, S. 1923, 1, 27 ; Civ., 12 déc. 1921, D. P. 1922, 1, 153, note Capitant, S. 1923, 1, 353, note Audinet ; 11 janvier 1927, D. P. 1927, 1, 129, note Capitant S. 1927, 1, 345, note Balleydier ; Req. 26 juillet 1928, S. 1928, 1, 366, D. P. 1929, 1, 9, note Savatier ; Trib. civ. Mayenne, 8 décembre 1927, D. P. 1928, 2, 159, note Savatier ; Trib. civ. Grenoble, 7 décembre 1932, *Gaz. Trib.* 1933, 2, 159 ; — Dans

(2) Il semble même qu'on assiste à un renforcement de cette institution qui allège le fardeau du fisc, chaque famille assurant la subsistance de ses membres par ses propres moyens.

le même sens : Planiol et Ripert, *Traité*, t. 2, *La famille*, par Rouast, n° 61, et t. 1, p. 324 et s. ; L. Josserand, *Droit civil*, t. 1, p. 587 ; *Comp. Rép. S.*, V° *Aliments*, n°s 359 et s. ; *Pand. Rép.*, eod. verb., n°s 366 et s.).

Certains auteurs font dériver l'obligation d'aliments et d'éducation de la part des parents envers l'enfant qu'ils ont mis au monde, du fait naturel de la parenté (V. en particulier Colin et Capitant, *Dr. civ.*, t. 1, p. 257). Si cela était, l'obligation existerait, légalement sanctionnée, pour tous les parents à l'égard de tous leurs enfants. Or, la loi n'impose cette obligation qu'à l'égard des enfants légitimes ou légitimés, ou adoptifs, ou naturels reconnus. Lorsqu'il s'agit d'un enfant naturel non reconnu, ou adultérin, ou incestueux, l'obligation alimentaire perd sa force d'obligation civile pour devenir une simple obligation naturelle ; alors que, par contre, l'enfant né pendant le mariage, même s'il n'est pas du mari, a, tant qu'il n'est pas désavoué, les droits d'un enfant légitime. Par ailleurs, la loi impose l'obligation alimentaire comme un effet de l'alliance, parenté artificiellement créée par le législateur, alors que, dans certains cas, elle ne l'impose pas entre proches parents unis par les liens du sang (entre frères et sœurs ⁽³⁾, entre parents et enfants naturels non reconnus, adultérins ou incestueux).

§ II. — L'AUTORITÉ MARITALE

La puissance maritale est visée dans l'article 213 C. civ., aux termes duquel la femme doit obéissance à son mari. Son caractère d'ordre public est affirmé par l'article 1388 (V. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, sous l'article 6). Cette institution est d'ailleurs dans la tradition : notre ancien droit avait constitué une organisation familiale très puissante dont

(3) Le code soviétique de la famille (art. 172), qui a distendu à l'extrême les liens légaux de la famille, a institué une obligation d'assistance entre frères et sœurs, obligation fondée sur les liens du sang.

l'autorité maritale, dérivée du *mundium* germanique, était l'un des piliers. La puissance maritale a été instituée en vue de la bonne organisation de la famille, base de la société : à toute association il faut un chef.

Un des corollaires de cette puissance maritale est l'incapacité de la femme mariée, incapacité d'ordre public (V. Cass. Civ. 6 avril 1898, D. P. 1898, 1, 305 ; 29 octobre 1912, D. P. 1913, 1, 296, avec la note de M. Ruben de Couder ; 6 décembre 1926, S. 1927, 1, 56 ; Cons. d'Etat, 13 déc. 1929, S. 1930, 3, 64, avec la note ; Trib. civ. Seine, 8 avril 1930, Rev. de dr. int. privé, 1930, p. 461, avec les conclusions de M. le substitut Brachet). Cette incapacité a été établie non pas en raison de la « *fragilitas sexus* » et de la « *levitas animi* », mais « dans l'intérêt de la famille » (V. L. Josserand, op. cit., t. I, p. 313). Unité sociale, la famille doit avoir l'unité de direction ; à ce prix sera assurée son existence.

Cette thèse se conçoit très bien sous un régime instituant une famille fortement organisée. « Mais la famille moderne tend à la décentration ; les liens qui unissent ses membres sont devenus, en fait et même en droit, moins étroits ; le mariage n'est plus absolu dans sa durée, depuis qu'il peut être dissout du vivant des époux par le divorce ; la puissance paternelle n'est plus absolue depuis qu'elle comporte une déchéance possible, en tout ou en partie » (L. Josserand, op. cit., tome I, p. 314). L'incapacité de la femme mariée apparaît maintenant comme une institution archaïque ne cadrant plus avec l'état de nos mœurs, avec la réalité sociale ; elle est appelée à disparaître.

Mais, dira-t-on, toute loi tendant à faire disparaître en partie cette incapacité sera dans le sens même du droit naturel en vertu duquel la femme devrait agir librement ? Ainsi, la loi du 13 juillet 1907 est une loi de justice ? Pourtant cette loi est déclarée d'ordre public par son article premier et par la jurisprudence. Que faut-il en conclure ?

A la puissance maritale d'ordre public, qui demeure la

règle, seul l'ordre public pouvait déroger. Or, l'incapacité de la femme mariée, institution désuète, paraissait d'une injustice flagrante, et notamment dans le cas où la femme travaille ; l'opinion publique réclamait une modification à la loi. Il parut au législateur que l'ordre public exigeait ici une dérogation à cette institution d'ordre public qu'est la puissance maritale. Ce n'est donc pas le droit naturel qui vient ici faire échec à l'ordre public, mais l'ordre public lui-même, en ordonnant d'aller dans le sens du droit naturel (cf. *infra* pour la filiation naturelle).

Au demeurant, si cette capacité partielle était une mesure d'ordre naturel, elle serait reconnue, accordée : or, elle est imposée. Devant la réforme réalisée par la loi du 13 juillet 1907, toutes les règles des régimes matrimoniaux, pourtant fondées sur la liberté des conventions, fléchissent. C'est son caractère d'ordre public qui assure à la loi du 13 juillet 1907 cette prépondérance (L. Josserand, Dr. civ., t. 3, p. 289 et 293 ; Planiol et Ripert, Traité, t. 9, n° 1316).

§ III. — AUTORITÉ PATERNELLE

Le droit romain avait conçu l'autorité paternelle sur le type d'une puissance unilatérale, d'un *dominium* comparable à la vieille propriété quiritaire : la *patria potestas* conférait au chef de la famille la libre disposition de ses enfants qu'il pouvait manciper, revendiquer, maltraiter à son gré, et sur lesquels il avait jusqu'au droit de vie et de mort, *jus vitae necisque* (Girard, Manuel élém. de droit romain ; P. Huvelin, Cours élém. de dr. rom., t. 1, p. 282 et ss. ; G. Cornil, Contribution à l'étude de la *patria potestas*).

Par la suite et assez rapidement, cette souveraineté comporta des limites, restrictions au droit naturel de puissance paternelle au profit du droit naturel des enfants. Mais le principe restait toujours le même : l'autorité paternelle était toujours une véritable puissance, relevant du droit naturel

que tout individu a sur sa chose. Aujourd'hui, la puissance paternelle n'existe plus guère. Les droits de l'enfant se sont opposés victorieusement à ceux du père dont les prérogatives sont en retraite sur presque toute la ligne. Nombreuses sont les lois qui se rattachent à cette tendance, celles notamment qui se réfèrent à la déchéance de la puissance paternelle ou au mariage des enfants.

On a même été jusqu'à faire de l'autorité paternelle une « fonction » (Nast, note sous Aix, 15 mars 1929, D. P. 1930, 2, 111 ; Dallant, note au D. P. 1930, 2, 91). A vrai dire, il n'en est pas ainsi dans notre droit, à moins qu'on ne s'achemine là encore vers une *fonction sociale* : élever les enfants de façon à en faire des citoyens capables de concourir au maximum et de toutes leurs facultés à la richesse et au développement de la Nation...

Ce qui est mis en lumière, c'est le droit naturel de l'enfant. A ce droit naturel, la loi apporte des restrictions (droit de garde, d'éducation et de correction, droit d'administration et de jouissance légale), non pas tant dans l'intérêt de l'enfant lui-même, qu'en vue de la bonne organisation de la famille.

La famille perdant peu à peu son importance essentielle sociale, il est possible que le législateur transforme un jour l'autorité paternelle en une fonction sociale, définie comme précédemment, et qui sera encore une institution d'ordre public. En tout cas, dans la conception législative actuelle, la puissance paternelle constitue « une des bases de la famille, et elle fait partie intégrante de l'état des personnes ». Elle est « d'ordre public » (L. Josserand, *op. cit.*, t. I, p. 537). « Elle ne saurait donc être ni élargie ni réduite par la volonté des intéressés..., elle est hors du commerce » (L. Josserand, *ibid.* ; *adde* : Fuzier-Herman, Code civil annoté, sur l'art. 6 ; Planiol et Ripert, *Traité*, t. I, p. 324 et s.).

Toute la longue évolution qui s'est accomplie au cours des siècles peut être caractérisée ainsi : la puissance paternelle, que les anciens Romains concevaient comme un droit naturel

absolu, s'est transformée peu à peu en un droit relatif créé dans l'intérêt de la famille (V. L. Josserand, De l'esprit des droits, n^{os} 65 et s., 305 et s.) ; c'est une restriction au droit naturel de l'enfant, dans un but d'ordre public. L'ordre public pourra seul y porter atteinte. C'est ainsi qu'au droit de garde (art. 374 C. civ.), le législateur a apporté une exception inspirée par un motif « d'intérêt national » (Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 445), en permettant à l'enfant de s'enrôler dans l'armée sans autorisation à partir de 18 ans révolus, — 20 ans depuis la loi du 8 août 1913, art. 3, 5°, pour l'armée de mer, et la loi du 21 mars 1905, art. 50, 6°, pour l'armée de terre.

Cependant, si l'autorité donnée au père dans le but de fortifier et d'unifier la famille a pour effet de la désorganiser, de détruire ou de dégrader les éléments de futures autres cellules sociales, et de compromettre l'inestimable source de richesse nationale qu'est la jeunesse, alors la loi intervient, au nom de l'ordre public, pour limiter ou même supprimer ce pouvoir d'ordre public (loi du 24 juillet 1889 établissant la déchéance obligatoire de la puissance paternelle, loi pénale du 5 avril 1898, et loi du 15 novembre 1921 instituant une déchéance facultative, partielle et relative). C'est dans le même but que les tribunaux se sont arrogés un pouvoir régulateur de contrôle, notamment en ce qui concerne le droit de garde (Paris, 8 fév. 1912, D. P. 1912, 2, 273, note Planiol ; S. 1914, 2, 209, note Hugueney ; Req., 5 juin 1931, D. H. 1931, 361 ; Civ., 6 juill. 1931, D. H. 31, 428) ; le droit de visite aux grands-parents (Req., 16 déc. 1930, D. H. 1930, 34 ; Trib. civ. Seine, 28 juill. 1931, D. H. 1931, 533) ; les émancipations abusives (Paris, 4 déc. 1894, D. P. 1895, 2, 484) ; le retrait purement capricieux de l'autorisation donnée à un mariage (Lyon, 23 janv. 1907, D. P. 1908, 2, 73, note L. Josserand).

§ IV. — LA RÉSERVE

La réserve est une part de la succession entièrement et absolument soustraite à la volonté du *de cuius*. Elle est instituée, dit Labbé (note sous Cass. civ., 6 mai 1885, S. 1885, 1, 289), plus dans l'intérêt de la famille, dans un but de stabilité et d'harmonie sociale, que dans le pur intérêt privé des réservataires. C'est une portion des biens dont la transmission, réglée par la loi, est soustraite au caprice de l'homme, qui introduit un élément de fortune indépendant de la volonté humaine dans l'organisation de la famille, dans le passage des biens à travers les générations. Le droit de réserve a été conféré dans un « intérêt public », il est « d'ordre public » (Poitiers, 20 fév. 1861, D. P. 1861, 1, 94 ; Cass., 15 fév. 1870, D. 1870, 1, 182 ; Cass., 22 juill. 1874, D. 1876, 1, 454 ; Cass. 4 avril 1881, S. 1883, 1, 65, note Renault ; Poitiers, 4 juill. 1887, S. 1888, 2, 194 ; Req., 26 juin 1882, D. P. 1883, 1, 70 ; Limoges, 23 mai 1888, D. P. 1890, 2, 78 ; Cass. req., 21 avril 1931, S. 1931, 1, 377, note Niboyet).

La réserve est considérée comme un élément de liaison indispensable à la continuation des familles à travers les générations, cette stabilité de la famille semblant essentielle à notre ordre public.

Il faut sans doute voir aussi dans cette institution un reste du désir révolutionnaire de morceler les héritages dans la crainte des captations du clergé, du souci d'égalité, et surtout des idées philosophiques qui amenèrent momentanément à voir, dans le droit de tester, une faveur accordée par le législateur « dans la mesure qu'il juge compatible avec l'ordre général » (Débats de l'Ass. Const., Moniteur Officiel du 13 mars, 2, 3, 6, 7 et 8 avril 1791).

Nous touchons par là au cœur même du problème des successions : à quel titre les biens se transmettent-ils ? Est-ce en vertu d'un droit naturel reconnu à l'individu ; est-ce en vertu d'un droit légal concédé par l'Etat au citoyen ? Faut-il con-

sidérer comme naturelle une transmission des biens parallèle à une transmission de la vie, y voir une conséquence de ce que « l'être tend à persévérer dans l'être » (Spinoza), et de ce que chacun demeure maître de ses biens même après sa mort ; faut-il y voir une règle imposée par l'Etat pour des motifs d'utilité publique ?

En un mot, la succession est-elle nécessitée par un droit naturel, ou est-elle nécessaire à la collectivité ? C'est cette dernière idée que l'on semble progressivement adopter, en fondant la succession *ab intestat* non plus sur une volonté présumée du *de cuius*, mais sur un devoir social, sur la volonté « légitime, désirable et rationnelle » (Josserand, Dr. civ. positif, t. 3, p. 386), c'est-à-dire celle que le législateur impose pour des motifs d'utilité publique.

Notre droit, certes, n'est encore pas très loin dans cette voie : jusqu'à présent, la succession testamentaire a sa place à côté de la succession *ab intestat*. Pourtant, le fait que la succession *ab intestat* a changé de fondement, qu'elle n'est plus une volonté présumée du *de cuius* mais un devoir social, nous achemine, semble-t-il, vers une conception plus sociale du droit de succession.

Et la réserve, cette portion de biens soustraite à la volonté individuelle dans un but d'ordre public, la limitation de la vocation successorale apportée par la loi de 1917, et aussi le prélèvement successoral que fait l'Etat sous le nom de taxe et d'impôt, tout cela ne nous mène-t-il pas à une législation plus étatique, celle-là même aperçue en 1791 : le droit de succession étant un droit accordé par l'Etat d'après des considérations d'ordre public, l'Etat pouvant alors, s'il le juge momentanément conforme à l'ordre public, aller jusqu'à supprimer ce droit de succession, comme l'a fait la législation soviétique de 1918 ?

Quoi qu'il en soit, et pour rester exclusivement sur le terrain de notre droit actuel, nous retiendrons que la réserve est une limitation apportée par la loi à ce que nous considérons

encore comme un droit naturel, pour assurer la stabilité et la continuité de la famille, jugée essentielle à notre ordre public.

§ V. — LA FILIATION

La filiation prend sa source dans le mariage. Elle est une présomption fondée beaucoup plus sur un intérêt d'ordre public que sur la confiance et la fidélité conjugale (V. note sous Aix, 15 juin 1932, *Journ. des Huissiers*, janvier 1933, p. 20).

En réglementant d'une manière sévère la preuve de la filiation naturelle, notre législateur ne s'est pas préoccupé de faire respecter une loi naturelle en recherchant les meilleurs moyens d'arriver à la démonstration de la vérité ; il a obéi surtout à des préoccupations d'intérêt social, plus ou moins bien compris d'ailleurs. N'a-t-on pas craint de dire, à la séance du Conseil d'Etat du 26 brumaire an X, lors de la discussion du code : « L'Etat n'a aucun intérêt à ce que la filiation des enfants naturels soit constatée ». On craignait le scandale des procédures en recherche de la paternité et le trouble qu'elles jetteraient dans les familles.

L'Ancien Droit, tout en ne reconnaissant d'ailleurs que des droits extrêmement restreints aux « bâtards », n'avait apporté aucune entrave à la démonstration de leur filiation. Mais cette faculté de rechercher la paternité était devenue, disait Bigot-Préameneu, le fléau de la société. C'est pourquoi le législateur de 1804 avait pris le contre-pied de notre ancien droit (art. 340 ancien).

Cet article 340 ancien, prohibant la recherche de la paternité, était incontestablement d'ordre public. « Les lois interdisant la preuve empêchent la démonstration de la vérité, non dans l'intérêt de celui qui peut ainsi profiter du mensonge, mais, toujours, dans un intérêt social » (Savatier, note sous Civ., 28 juin 1932, D. P., 32, 1, 157).

Mais, si des motifs d'ordre public avaient pu porter le lé-

gislateur à interdire à l'enfant de rechercher son père (v. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. 1, p. 529), que dire de la loi du 16 novembre 1912 qui a admis, dans certains cas, la recherche de la paternité ? Cette loi, semble-t-il, s'efforce d'aller dans le sens du droit naturel : est-elle ou non d'ordre public ?

Au moment de la loi, l'opinion publique était devenue hostile à la prohibition de la recherche de paternité. Cette prohibition risquait de devenir un scandale ; l'ordre public lui-même exigeait la réforme.

Cette loi, d'ailleurs, n'autorise pas librement la preuve de la paternité. Elle établit, contre ce droit naturel, les barrières d'une énumération stricte, dans un but d'ordre public. Le législateur de 1912, en autorisant la recherche de la paternité, a tempéré la hardiesse de sa réforme « par des mesures volontairement sévères de l'admission de la preuve en vue de garantir la paix des familles qui ne devait, en principe, être troublée qu'à bon escient » (Trib. civ. St-Dié, 20 nov. 1931, *Gaz. Pal.*, 1932, 1, 341).

Il ne faut pas oublier, de plus, que la recherche de la paternité, étroitement réglementée et limitée aux cas énumérés par l'article 340 nouveau, « est de toute évidence une action d'état » (Savatier, La recherche de la paternité, n° 65; Cass. req., 26 fév. 1924 (motifs), S., 1924, 1, 248, note et renvois). Et cette action, « ayant pour objet une question d'état, a le caractère d'ordre public » (Cour supérieure de Justice du Luxembourg (Cass. civ.), 2 décembre 1931, S., 1932, 4, 18 ; cf. Poitiers, 8 janvier 1932, S., 1932, 2, 61, note et renvois; Cass. civ., 24 fév. 1932, S., 1932, 1, 181, et les renvois ; Cass. civ., 18 fév. 1930, S., 1931, 1, 41, note Géný).

L'application rigoureuse du principe d'après lequel l'état des personnes est imprescriptible devrait entraîner cette conséquence que l'action en déclaration de paternité ne saurait se prescrire. Mais cette action, étroitement réglementée dans son exercice dans un but d'ordre public, est enfermée dans des délais très courts pour éviter l'incertitude et le scandale

(Rapport de M. Guillier, *J. Off.*, 20 mars 1910, annexes, p. 136). Ces délais, fondés sur l'honneur et le repos des familles aussi bien que sur la difficulté de preuve, sont d'ordre public (Cass. civ., 7 mai 1923, D. P., 1923, 1, 57, S., 1924, 1, 193; 11 fév. 1925, D. P., 1925, 1, 124). D'où : 1° Il ne peut y avoir de cause de suspension du délai prévu par la loi ; l'impossibilité d'agir n'empêche pas la déchéance (Trib. civ. Dijon 18 déc. 1924, D. P., 1925, 2, 91) ; c'est le cas de l'enfant qui, par suite d'un aveu écrit de son père, n'apprend sa filiation paternelle que plus d'un an après sa majorité. 2° Le juge doit relever d'office la déchéance résultant de l'accomplissement du délai. 3° L'expiration du délai entraîne une déchéance absolue qui ne peut être couverte par la renonciation expresse ou tacite du défendeur (Cass. civ., 7 mai 1923 précité ; Req., 26 fév. 1924, D. P., 1925, 1, 124; Civ., 11 fév. 1925 précité — *Contra*, Nancy, 8 déc. 1920, D. P., 1921, 2, 83).

Il faut d'ailleurs remarquer, que, étant donné les motifs qui ont poussé le législateur à réduire à deux ans l'action de la mère, il est difficile d'admettre que le secret de la paternité, scandaleux et impénétrable 2 ans après la naissance, réapparaisse inoffensif et translucide 19 ans plus tard. Et si l'enfant est alors interdit ou interné, ce pourra être encore sa mère qui exercera l'action ; c'est-à-dire que la même personne qui ne peut plus agir 2 ans après la naissance, pourra de nouveau agir valablement 21 ans après (V. Savatier, *De la recherche de la paternité*, p. 157, n° 91 et 92).

En résumé, de ce fouillis d'arrêts, nous voyons se dégager et s'imposer à nous deux idées : 1° l'état des personnes et les droits de famille qui en découlent sont créés par la loi en restreignant les droits naturels de liberté et de parenté *dans la mesure exigée par l'intérêt social* ; ils sont d'ordre public ; 2° bien que le Code civil distingue l'ordre public des bonnes mœurs, la jurisprudence réunit sous le même terme « ordre public », des préoccupations de paix, de moralité et d'intérêt publics, et même un certain désir d'humanité et de justice.

SECTION III

Droits politiques

Les droits politiques et en particulier le droit de suffrage sont d'ordre public, et, à ce titre, hors du commerce. Cette doctrine est traditionnelle chez les jurisconsultes (Merlin, Répert., V^o Condition, sect. 2, § 5, art. 5). Ils n'en donnent d'ailleurs aucune raison. Bartin essaye de l'expliquer : « Il serait contradictoire, dit-il, de permettre à un votant de disposer dans son intérêt d'un droit qui lui a été conféré plus encore dans celui du pays que dans le sien » (Conditions impossibles, illicites, immorales, p. 144).

L'état d'une personne, avec les droits qui en découlent, est en somme une situation juridique établie sur des règles légales « au respect de laquelle l'ordre public est intéressé » (Planiol et Ripert, Traité, t. I, p. 13), et qui peut d'ailleurs ne pas répondre à l'état naturel. (C'est ainsi qu'en matière de filiation, l'existence de présomptions irréfragables ou d'interdictions de preuves peut donner à une personne un état légal contraire à la réalité des choses). L'état légal, en principe, a seul une valeur juridique. C'est pourquoi tous les actes juridiques qui intéressent essentiellement l'état des personnes sont enfermés dans un appareil de strictes formalités. La volonté individuelle, sans doute, n'est pas complètement annihilée, puisque c'est à elle seule qu'il appartient de mettre en mouvement tout ce lourd mécanisme légal. Mais cette volonté, une fois qu'elle s'est affirmée, est prisonnière, et paralysée par la volonté de la loi, pour des raisons d'ordre public.

D'où la règle de l'indisponibilité de l'état qui se présente sous trois aspects : 1^o l'état des personnes est imprescriptible alors que le nom commercial peut se prescrire (V. Dall., Rép., V^o Prescription, n^o 70) ; 2^o on ne peut le modifier volontai-

rement. La loi donne sans doute aux parties le pouvoir de modifier cet état par leur volonté, mais non pas à leur fantaisie. « Elle enserme cette volonté dans des conditions de forme et de fond qui marquent bien que la matière est d'ordre public, et que si la volonté humaine y a son rôle, la société entend en conserver la direction » (Planiol et Ripert, *Traité*, t. I, p. 14); 3° on ne peut modifier volontairement les conséquences de l'état. C'est ainsi que les droits d'autorité paternelle et maritale sont indisponibles (art. 1388 C. civ.) tout comme les droits politiques, et que les libéralités sous conditions relatives à l'état sont nulles (Bartin, *Conditions impossibles, illicites, immorales*; et Cass., 27 fév. 1839, D., 1839, 1, 200; Paris, 24 juin 1857, D., 1857, 2, 154).

On peut dire que l'individualité des hommes est une chose naturelle provenant du fait que l'homme forme un être autonome doué d'une vie, d'une intelligence et d'une volonté propres. De là lui viennent ses droits dits naturels. La personnalité est au contraire une création sociale accordée à l'homme sous certaines conditions par la loi, dans l'intérêt social. Les droits dérivant de la personnalité sont non pas des attributs de l'homme *humain*, mais des attributs de l'homme *social*, du citoyen. Et ces droits, créés par l'Etat dans l'intérêt de l'Etat, en contradiction avec l'application de certains droits naturels, ont pour fondement l'ordre public.

CHAPITRE IV

L'ordre public et la liberté d'action

SECTION I

Délit pénal

Le droit pénal prévoit deux catégories de crimes et délits : ceux contre la sûreté extérieure et intérieure de l'Etat ; et ceux contre des particuliers.

§ I. — CRIMES CONTRE LA SÛRETÉ DE L'ÉTAT

Ce sont les infractions « qui attaquent immédiatement et directement la nation ou son gouvernement : ils ont pour but d'en compromettre l'existence ou d'en modifier la forme constitutionnelle » (R. Garraud, *Traité de Droit pénal*, t. II, p. 503).

Dans l'histoire des crimes, on peut distinguer 3 phases :

1° Une phase barbare ou fétichiste, durant laquelle toute atteinte aux intérêts généraux de la tribu, aux êtres vénérés, à la religion, est l'objet d'une incrimination unique, punie par l'assemblée populaire de l'exil ou de la mort (v. *supra*, le Droit romain).

2° Une phase despotique, durant laquelle toute atteinte, directe ou indirecte, à la personne du souverain, dans lequel s'incarne la nation, est dite crime de lèse-majesté.

3° Une phase politique, au cours de laquelle les crimes de lèse-majesté deviennent des crimes contre la sûreté de l'Etat, avec cette division qui s'affirme de plus en plus dans les législations modernes, des crimes contre la sûreté intérieure (Hochverrat), et des crimes contre la sûreté extérieure de l'Etat (Landesverrat), en d'autres termes, des crimes de lèse-gouvernement et des crimes de lèse-nation (v. R. Garraud, *ibid.*, p. 506 et 507).

Le Code pénal français réunit tous ces crimes sous la dénomination de : crimes et délits contre la chose publique, mais prévoit des sanctions différentes pour les crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'Etat (art. 75 à 85), et ceux contre la sûreté intérieure de l'Etat (art. 86 et ss.).

Tous les crimes contre la chose publique (crimes contre la sûreté extérieure et intérieure de l'Etat), sont incontestablement, aujourd'hui comme à Rome, punis par des textes d'ordre public, parce qu'ils compromettent l'existence même de la Nation.

§ II. — CRIMES ET DÉLITS CONTRE LES PARTICULIERS

« Chaque groupe d'hommes, en tout temps et en tout lieu, a conçu un minimum de moralité sociale dont le respect paraît être la condition même du maintien de l'ordre public : c'est ce minimum d'exigence qui est garanti et sanctionné par la contrainte pénale. Pour la majorité qui a formé les codes, la pénalité apparaît comme une *fonction nécessaire de défense sociale*, sans laquelle l'ordre public, tel qu'on le comprend à un moment donné de la vie du groupe social, ne saurait être maintenu » (R. Garraud, Précis de Droit criminel, p. 16; cf. Appert, note au S., 1920, 2, 57). La pénalité apparaît donc adaptée à l'organisation et aux formes des sociétés elles-mêmes. Elle est une « réaction sociale contre des actes anti-sociaux » (R. Garraud, *ibid.*, p. 13). « C'est une loi de l'existence même. Quand les premiers hommes, réunis en société, ont

poursuivi et mis à mort un assassin, ainsi qu'ils avaient coutume de le faire pour un fauve dangereux, ils ont obéi à cette loi; ils ont lutté pour la *vie sociale*, comme ils luttent chaque jour pour leur propre existence » (R. Garraud, *ibid.*, p. 13). Cette réaction, aveugle d'abord et sans mesure, se transforma dans la main de l'Etat en action de volonté. L'Etat est le « gardien de l'ordre public » (R. Garraud, *ibid.*, p. 15). Pour remplir cette mission, l'Etat doit avoir la main-mise complète sur le domaine des droits individuels. Les formes du procès pénal sont précisément organisées en vue de garantir autant que possible le droit individuel, dans des circonstances où le résultat de la poursuite peut être le sacrifice du droit individuel au droit social.

« Au point de vue social, le droit de punir appartient à la société, parce que la société a, comme l'individu, le droit de se conserver et de se défendre. La pénalité est la manifestation d'une fonction nécessaire de l'organisme social. C'est la nécessité de cette fonction qui en fait la légitimité. La peine est l'expression de la lutte pour l'ordre public » (R. Garraud, *Traité de Droit pén. franç.*, t. I, p. 44). Le droit de punir, affirme de même le Professeur Balthazard, est fondé sur « la nécessité de la défense sociale » (*Rev. pén.*, 1922, p. 743).

L'action publique, fondée sur l'ordre public, ne pourra s'éteindre que pour des motifs d'ordre public : la prescription, en effet, « est d'ordre public, puisqu'elle est admise et organisée, non dans l'intérêt du criminel, mais dans l'intérêt de la société », étant fondée sur la cessation du trouble causé par la perpétration du crime ou du délit (R. Garraud, *Traité théor. et prat. d'Instr. crim. et de Proc. pén.*, 1907, t. I, p. 463 et s. ; dans le même sens : *Cass. crim.*, 21 janv. 1926, S., 1927, 1, 280; *Cass. civ.*, 5 nov. 1929, S., 1930, 1, 107; 20 janv. 1931, S., 1931, 1, 181, notes et renvois; *Cass.*, 19 juill. 1930, S., 1932, 1, 114).

Le principe de la prescription a d'ailleurs été violemment

critiqué par Beccaria et Bentham (V. R. Garraud, *Traité de Dr. pén.*, 2^a éd., t. II, n° 379, note 2). Ces critiques ont été renouvelées par l'école positiviste. Garofalo, en particulier (*La Criminologie*, 5^e éd., p. 398 à 400), propose de n'accorder la prescription qu'aux criminels démontrant par leur conduite qu'ils ne sont pas antisociaux, « et que le délit n'aura plus l'occasion probable de se manifester par suite d'un changement survenu dans les conditions qui l'avaient déterminé » (*Adde* : Ferri, *La sociologie criminelle*, trad. Ferri, n° 73 *in fine*, p. 498; Zerboglio, *Della prescrizione penale*, Bocca, 1893, ch. 1 et 5 ; de la Grasserie, *De la suppression d'immunités accordées au coupable*, *Rev. pén.*, 1898, p. 648).

En somme, la société n'a qu'à faire la balance entre ces deux intérêts de l'ordre public : réprimer un crime, ou le prescrire.

Le législateur a le devoir d'organiser des moyens divers de défense sociale en tenant compte exclusivement, pour la classification des délits, la détermination des peines et les délais de prescription, de la catégorie à laquelle appartient le malfaiteur et du degré de danger que l'infraction et l'infracteur font courir à l'ordre public (R. Garraud, *Tr. de Dr. pén.*, t. II, p. 19). Ce sont du moins ces considérations utilitaires qui ont surtout inspiré le législateur de 1810.

A cette réaction d'ordre utilitaire, fondée sur la responsabilité sociale du délinquant qui a troublé l'ordre public, les théoriciens du xix^e siècle ont essayé d'ajouter une réaction d'ordre moral, fondée sur la responsabilité morale du criminel. On s'est efforcé d'établir des peines justes dans la mesure de l'utilité sociale. On a recherché l'amendement moral du délinquant.

Mais cet amendement du coupable ne fut bientôt plus recherché (d'abord par une seule école, l'école positiviste, et aujourd'hui dans toute l'Europe), que dans un but de défense et d'amélioration sociales, but dépassant de beaucoup l'individu qui n'est plus qu'un moyen.

C'est ainsi que le Code criminel soviétique, qui semble être l'aboutissement de cette tendance (Code criminel adopté par le Comité exécutif central de l'U. R. S. S. et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1927), a été jusqu'à effacer le mot : peine, et l'a remplacé par : mesure de défense sociale.

Le motif individuel et l'intention ne jouent plus qu'un petit rôle dans ce Code pénal. Le critérium de la criminalité ou de la non-criminalité d'un acte n'est pas dans l'intention du criminel, mais dans les conséquences sociales de l'acte. Le critère fondamental qui dirige l'accusation est : l'ordre social a-t-il ou n'a-t-il pas été menacé ? Une grande latitude est laissée aux juges pour déterminer quels sont les actes dangereux pour l'ordre social. Cependant, les crimes graves contre l'ordre social sont ainsi énumérés : contre-révolution, actes inimicaux contre les institutions politiques et administratives, brigandage, attaque à main armée, refus d'accomplir le service militaire. En un mot, cette législation « a pour objet la défense de l'Etat socialiste des ouvriers et des paysans, et du régime légal qui y est institué, contre les actes dangereux pour la vie sociale (les crimes), par l'application aux individus qui commettent de pareils actes des mesures de défense sociale indiquée dans le présent code » (Krylenko, La politique des Soviets en matière criminelle, Bureau d'Editions de Diffusion et de Publicité, p. 8 et 9).

Le crime est considéré comme le résultat d'une organisation sociale insuffisante, comme un phénomène social. Il s'agit donc de prévenir la récidive en rééduquant le criminel en vue de l'amener au travail commun parmi ses camarades ouvriers. Les mesures de défense sociale « ne se proposent pas d'exercer une vengeance ou d'appliquer un châtiment » (Krylenko, *op. cit.*, p. 21). Le but fondamental de la prison, ou mieux, de l'établissement pénitentiaire, est d'apprendre à chaque prisonnier un métier qu'il continuera à professer une fois libre. Le but du Code pénal soviétique, ou plus exactement, du « Code correctionnel du Travail », est d'adapter les

délinquants à l'organisation sociale. Les prisonniers jugés inadaptables et dangereux pour l'Etat soviétique, c'est-à-dire les condamnés politiques, les criminels et les récidivistes, sont envoyés dans des pénitenciers spéciaux où ils sont enfermés. Les autres, ceux qui peuvent s'amender, sont envoyés dans des établissements où l'Etat a le devoir de leur donner une éducation spirituelle et professionnelle, de façon à augmenter leur valeur sociale.

En somme : correction du corrigible, mise hors d'état de nuire de l'incorrigible (cf. Rapport de M. Stefan Glaser, Professeur à l'Université de Wilno, dans la Seance de la Société Générale des Prisons et de Législation criminelle, du 22 avril 1931) ; telle est la formule qui semble être celle du gouvernement soviétique, dans un but de défense et de progrès social.

Les autres pays européens ne semblent pas très éloignés de se rallier à cette formule.

C'est ainsi que, dans le 10^e Congrès International pénal et pénitentiaire dont M. Lyon-Caen a fait le rapport (*Rev. pén.*, janv.-juin 1931), on prévoyait tout un système de mesures de sûreté tendant à amender le délinquant ou à l'éliminer.

« Afin de mieux assurer la protection de la société, l'exécution de la peine doit contribuer à l'éducation et à l'amendement du condamné par tous les moyens actuellement offerts par la pédagogie. Elle doit développer les facultés corporelles du condamné, et envisager son éducation morale et intellectuelle, en se servant de l'examen crimino-biologique et de la répartition des détenus par degrés suivant l'influence exercée sur eux par l'éducation » (Résolution adoptée par la section pénitentiaire, au rapport général de M. Delaquis (Suisse), au Congrès précité).

Tout un système d'internement curatif et éducatif est ainsi envisagé en vue d'adapter à la vie libre les aliénés et anormaux, les alcooliques et toxicomanes, les mendiants et vagabonds, et même, dans une certaine mesure, les délinquants d'habitude.

Et le projet du nouveau Code pénal français prévoit lui aussi des mesures de sûreté, parmi lesquelles l'internement dans des maisons de santé, ou dans des maisons de travail (art. 69).

En résumé, le droit pénal, d'abord réaction bio-instinctive du groupe contre tout acte individuel portant atteinte à la vie sociale, réaction négative n'ayant pour résultat que d'éliminer le criminel, tend aujourd'hui à devenir une réaction positive. A la peine proprement dite, conçue comme un moyen de vengeance, puis comme un moyen de défense sociale auquel s'est jointe pendant un temps une idée de juste punition, — toutes mesures d'une valeur statique liées à l'idée de faute et d'état dangereux —, se substituent peu à peu les mesures de sûreté d'une valeur dynamique.

Le Droit pénal a aujourd'hui un double but : 1° éduquer l'activité des délinquants, la rendre économiquement productive, la développer d'une façon aussi utile que possible à la société ; 2° supprimer les criminels inadaptables à la vie sociale par l'élimination.

Ainsi, le droit pénal, serviteur de l'ordre public, désormais non seulement tend à défendre la société contre les agissements susceptibles de la désorganiser, mais encore vise au progrès matériel et moral de la société (V. Bronislaw Wroblewski, Principes fondamentaux de la politique pénale, Etudes criminologiques, mars 1930 ; Ferri, L'utilisation des données de psychologie criminelle dans le procès pénal, *Revue intern. de Dr. pén.*, 1925, p. 19 et s. ; Prins, La défense sociale et les transformations du Droit pénal, 1910 ; Glaser, La peine d'utilité et la peine de représailles, 1924, p. 45 ; Ferri, Principii di Diritto Criminale, 1928, p. 60 et s. ; Mezger, Moderne Strafrechtsprobleme, 1927, p. 7 et s. ; Toulemon, Les progrès des institutions pénales, 1928, p. 53 ; Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, 1882, et Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25^e éd., 1927, p. 221).

SECTION II

Délit civil

Si le dommage est restreint à l'individu et réparable par un moyen direct, l'acte qui l'a causé devient un délit ou un quasi-délit civil, et tombe sous le coup des articles 1382 et s. du Code civil.

J'ai déjà montré (V. *supra*, Dr. rom. et ancien droit), comment les Etats civilisés avaient été amenés à supprimer le droit naturel de vengeance des individus, et à se substituer à eux pour la réparation de tous les actes dommageables atteignant les particuliers, et cela dans un but d'ordre public, parce que ces actes, indirectement, atteignaient l'Etat dont ils troublaient le bon ordre (V. L. et H. Mazeaud, Respons. civ., 1931, t. I, p. 18).

La victime ne peut se faire justice elle-même (cf. Demogue, t. IV, n° 598 et s.). Le droit de justice personnelle ne lui est pas reconnu par notre législation. Tout au plus l'autorise-t-on, en certains cas, à supprimer la cause susceptible de prolonger le dommage, tels l'article 637 C. civ., qui autorise le propriétaire à couper « les racines, ronces ou brindilles qui avancent sur son héritage », ou les articles 4 et 7 de la loi du 4 avril 1889 (titre II du Code rural) qui permettent au propriétaire de tuer les volailles et pigeons venus sur son fonds, mais sans se les approprier, sauf pour les pigeons pendant le temps de la clôture des colombiers. « Mais la victime ne peut pas, de sa propre autorité, se procurer la réparation du préjudice qu'elle a souffert » (L. et H. Mazeaud, *op. et loc. cit.*). C'est l'Etat seul qui la lui procurera. (Sur cette évolution, cf. Ihering, De la faute en droit privé ; Girard, Manuel élém. de dr. rom., 7^e éd., p. 411 et s. ; de Visscher, Les origines de l'obligation *ex delicto*, *Rev. hist. de dr. franç. et de dr. étrang.*, 1928, p. 335 et s. ; Huvelin et Monier, Cours élém. de

dr. rom., t. II, p. 7 et s.; Grandmoulin, Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles dans l'ancien droit romain et dans le droit français, liv. 1^{re}, p. 16 et s.; Colin et Capitant, Cours élém. de dr. civ., 4^e éd., t. II, p. 364 et 365; Demogue, De la réparation civile des délits, p. 5 et s.).

Cette réparation légale, qui fut primitivement la composition, facultative d'abord, obligatoire ensuite, réparation objective et tarifée, calculée uniquement sur la nature du dommage et le rang de la victime, devint dans le Code civil, sous l'influence du droit canonique, une réparation subjective et intégrale.

Aujourd'hui, on tend à revenir au point de départ : 1° en éliminant l'idée de faute (les présomptions légales des articles 1384 et s., et surtout l'application jurisprudentielle extensive de l'article 1384 C. civ.); 2° en introduisant une réparation forfaitaire du dommage (loi de 1898 sur les accidents du travail, dont le champ d'application est de plus en plus élargi par les tribunaux au détriment de l'article 1382 C. civ.), ce qui se manifeste de deux façons interdépendantes : élargissement du nombre des accidents pouvant être considérés comme accidents du travail (V. R. I. J. T., 1928, n^{os} 39 et 45, p. 211 ; Cass., 9 mars 1931, *Rec. Hebd.*, S., 3 mai 1931; et Cass. civ., 25 mars 1931, *ibid.*, 10 mai 1931) ; exclusion des actions fondées sur l'article 1382 (R. I. J. T., 1928, p. 198, n^{os} 30 et s., en particulier Cass. Ch. réunies, 8 juin 1928, R. I. J. T., n^o 33, 1^{re} esp., p. 204, et Trib. civ. du Rhône, 25 juin 1927, R. I. J. T., 1928, n^o 33, 2^e esp., encore plus hardi que la Cour suprême; V. aussi G. Félix-Bertrand et Crespel, Représentants, courtiers et commissionnaires devant la justice et le fisc, éd. Godde, Paris, 1932, p. 105).

Cependant, et c'est là l'écueil, on tend plus vite à remplacer la faute par le risque qu'à tarifier ce risque. On joint la notion de risque à celle de réparation intégrale. Le système du droit civil est donc aujourd'hui illogique et boiteux, puis-

qu'il tend à l'objectivité tout en n'abandonnant pas la subjectivité.

On peut concevoir, comme point d'aboutissement de l'évolution, une responsabilité purement sociale, grâce à une vaste assurance sociale : chaque membre de la société payant une contribution fixe pour permettre à la victime de tout acte dommageable d'obtenir de l'Etat une réparation légalement tarifée.

Nous sommes encore loin de cela. Pourtant, la Commission d'assurance et de prévoyance sociales n'a-t-elle pas, le 29 mai 1931, adopté le principe de la constitution d'un fonds de garantie au profit des victimes d'accidents causés par les automobilistes non assurés et insolvable ?...

Quoi qu'il en soit, la règle de la responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle est née et demeure une règle d'ordre public (V. Montpellier, 5 déc. 1892, D. P., 1894, 2, 451 ; Riom, 27 mars 1895, D. P., 1896, 2, 407 ; Paris, 22 déc. 1897, D. P., 1900, 2, 64 ; la note de M. Sarrut au D. P., 1890, 1, 210 ; Cass. civ., 31 déc. 1900, D. P., 1903, 1, 17, et la note ; Trib. civ., Sens, 9 novembre 1933, *Gaz. Pal.*, 16 fév. 1934).

C'est pourquoi une jurisprudence très ferme se prononce, en cette matière, pour la nullité des clauses de non responsabilité ou de responsabilité atténuée (V. Cass. civ., 27 juill. 1925, D. P., 1926, 1, 5, note Ripert ; Req., 10 juin 1926, D. H., 1926, 397 ; Barde, t. III, n° 2869 ; Lalou, La responsabilité civile, n° 206 ; v. encore Req., 27 nov. 1911, S., 1915, 1, 113, note Hugueney ; Pand. pér., 1915, 1, 113 et les observations de M. Hugueney ; comp. Trib. comm. de Nantes, 28 déc. 1912, *Rev. intern. du droit marit.*, 1913-14, p. 741 ; Req., 15 mai 1923, S., 1924, 1, 81, note Rousseau, et D. P., 1925, 1, 15).

Ainsi la responsabilité délictuelle civile est d'ordre public. Qu'elle ait pendant longtemps (et encore un peu aujourd'hui) coïncidé avec un souci de morale, c'est possible ; cela ne veut pas dire qu'elle ne soit pas une règle d'ordre public, cela prouve simplement que pendant tout ce temps l'ordre

public a, ici, parmi ses éléments, comporté un souci de morale. Ce souci va d'ailleurs s'affaiblissant : à la pure notion morale d'équité se substitue une notion d'équité économique et sociale.

Et, par là, la responsabilité délictuelle civile rejoint la responsabilité pénale, supprimant comme elle le droit naturel de vengeance ⁽¹⁾ dans un but de bon ordre, d'équilibre social.

(1) Le droit de rétention peut être considéré au contraire comme une dernière survivance du droit qu'on a de se faire justice soi-même; c'est pourquoi on l'a étroitement limité.

On peut également considérer, peut-être, comme un droit de justice personnelle, le droit de réponse en matière de presse. Et M. DEMOGUE (t. IV, n° 600) fait aussi remarquer que la victime est autorisée à se faire justice elle-même si elle peut y parvenir sans se rendre coupable d'une infraction, tels le volé qui, sans user de violences, reprend entre les mains du voleur l'objet dont il a été dépouillé, ou le propriétaire qui enlève les objets déposés sur son fonds.

CHAPITRE V

L'ordre public et la liberté des conventions

Dans le domaine des conventions, la volonté des parties est souveraine maîtresse. C'est elle qui dit le droit (art. 1134, al. 1, C. civ.). Les parties peuvent donc organiser comme elles le veulent, comme elles le jugent bon, les droits et les obligations qu'elles créent entre elles. Tel est le principe, le droit naturel.

Mais cette liberté des conventions est limitée, pour les exigences, soit de l'ordre naturel, soit de l'ordre public.

Quatre conditions sont en effet exigées par la loi pour la validité d'une convention (art. 1108 C. civ.) : 1° le consentement de la partie qui s'oblige ; 2° sa capacité de contracter ; 3° un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; 4° une cause licite.

Le consentement, un objet, une cause, sont nécessaires non seulement pour la validité de la convention, mais pour sa naissance. Car, la convention étant essentiellement un accord de volontés, une harmonie de croyances ⁽¹⁾, cet accord, cette harmonie ne peuvent être réalisés que si les consentements sont libres et non viciés, et s'attachent au même objet pour des causes concordantes. Ces conditions exigées par la loi ne sont pas contraires au principe de la liberté des conventions, elles en sont la sauvegarde.

(1) Consentement = *cum sentire*. Les Latins établissaient une opposition entre : *intelligo* et *sentio*. « *Non ut dictum est intelligitur, sed ut sensum est...* », disait CICÉRON. *Sentio* veut plus proprement dire : comprendre par les sentiments et les sens, c'est-à-dire davantage avoir la croyance que la compréhension. Cf. la doctrine d'Emmanuel LÉVY.

Mais quand la loi établit des incapacités (art. 1123 et 1124), quand elle décide que certaines choses, hors du commerce, ne pourront pas faire l'objet d'une convention (art. 1128 C. civ.), que les pactes sur successions futures sont interdits (art. 1130 C. civ.), quand elle déclare qu'il y a des causes illicites ne pouvant donner naissance à une obligation, elle établit, ce faisant, non pas une protection du droit naturel de la liberté des conventions, mais bien, semble-t-il, des restrictions à cette liberté.

Nous allons voir, par des exemples, comment la jurisprudence légitime ces restrictions, quel fondement elle leur donne.

SECTION I

Les incapacités

Il a été reconnu — et cette observation date du droit romain, c'est-à-dire qu'elle n'est peut-être plus très exacte — que certains êtres, à raison de leur sexe, de leur jeunesse, de leur faiblesse d'esprit, étaient le plus souvent inaptes à la vie juridique; qu'ils étaient beaucoup plus que les autres exposés à être bernés, à cause de leur inexpérience, par des gens astucieux et peu scrupuleux.

On comprend que la loi ait voulu protéger ces contractants inexpérimentés dont le consentement n'avait pas pleine valeur et dont, par suite, les conventions étaient viciées dans leur élément essentiel. C'est pourquoi on a pu rattacher les incapacités établies par la loi aux vices du consentement (V. Jossierand, Cours de dr. positif, t. I, n^{os} 126 et 127), ce qui explique certains effets attachés à ces incapacités, en particulier leur sanction ⁽²⁾.

(2) Il y a cependant des cas où cette nullité relative se transforme en nullité absolue, par exemple en matière de validité du contrat de mariage. On ne peut tout de même pas soutenir que cette nullité soit une protection de l'incapable !

Cependant, si la loi avait eu véritablement pour seul but de sauvegarder la liberté des conventions, qui est pour tous les individus un droit naturel, point n'aurait été besoin de tout l'appareil légal et compliqué qui organise et fixe les incapacités. Il aurait été plus conforme au droit naturel d'affirmer le principe de la pleine capacité, en la tempérant seulement, par exemple, par l'action en rescision pour lésion, ouverte à l'individu lui-même, devenu capable d'apprécier pleinement son acte, ou à son représentant, ou à ses ayants droit. Le résultat de l'incapacité aurait été non de ne pouvoir contracter, mais de ne pouvoir être lésé.

Qu'on ne vienne pas dire que ce système nuirait à l'incapable en écartant de lui les contractants éventuels effrayés par cette menace. La rescision pour lésion existe déjà dans notre droit, tant pour les majeurs (art. 887, § 2, C. civ.; art. 1674 et s. du C. civ.; L. 8 juillet 1907, art. 1; L. 29 avril 1916, art. 7; art. 1855 et 1966 C. civ.) que pour les mineurs (art. 1305 C. civ.). Cela ne décourage pas les contractants. Bien plus, le Code civil allemand (art. 138) et le Code fédéral suisse des obligations ont érigé la nullité pour lésion en principe général et l'ont étendue à tous les contractants. Cela n'a pas donné de mauvais résultats.

La vérité, c'est que la loi a transformé des incapacités *naturelles* en incapacités *légales*, plus ou moins artificielles, et cela non pas dans le but de protéger l'incapable, mais pour fortifier et garantir la famille, cellule sociale indispensable, et aussi pour donner à l'ensemble des contractants, source de la richesse commerciale, la limite exacte de leur sécurité contractuelle.

Ceci est facile à démontrer en ce qui concerne l'incapacité de la femme mariée, anachronisme actuel nécessité par le désir de maintenir l'autorité maritale considérée comme base de la famille. De même, ce que l'on a entendu protéger en instituant l'incapacité des prodigues et des aliénés, c'est moins l'incapable lui-même que sa famille. Quant au mineur,

s'il a ses père et mère, lui donner pleine capacité serait contraire à l'autorité paternelle, à une bonne organisation de la famille.

Et surtout, on se méfie de l'élément perturbateur qu'est la jeunesse. Si on l'entoure de remparts forts et nets, c'est beaucoup moins pour la protéger que pour se protéger contre elle, pour l'empêcher de venir troubler la vie juridique du pays. « La loi sur la tutelle, dit Vareille-Sommières (Synthèse du dr. intern., p. 173 et 174), protège autant et plus peut-être tous ceux qui traitent avec le mineur que les mineurs... Elle rend au public, à tous, des services de même importance au moins et en somme de même nature que la loi qui exige la publicité des mutations immobilières ».

Cela est si vrai que, tout en refusant à l'incapable la capacité contractuelle, on lui accorde une capacité autrement dangereuse pour lui : la capacité délictuelle et quasi-délictuelle.

Et même en matière contractuelle, on lui rend sa capacité en cas de dol de sa part (V. Josserand, Dr. positif, t. II, n^{os} 99 et 111), et aussi dans le cas d'« erreur invincible » de la part de son co-contractant (V. une application de cette théorie dans le fameux procès Lizzardi, infra).

Faut-il expliquer ces contradictions en disant que la notion du bien et du mal s'acquiert plus vite que le sens des affaires, et que, suivant la vieille formule romaine : « *malitia supplet aetatem* » ? Cette explication ne vaudrait pas, en tout cas, pour les quasi-délits d'où est exclu tout élément intentionnel. Et puis, la question du bien et du mal dans la vie juridique est souvent une affaire de doigté, de calcul et d'expérience...

La faiblesse naturelle, qu'il faudrait protéger, s'est donc transformée en incapacité civile (art. 1123 et 1124 C. civ.), pour la protection du pays, tout comme l'union naturelle de l'homme et de la femme est devenue le mariage légal pour la plus grande utilité du pays.

L'incapacité, cette suppression de la liberté naturelle de contracter pour toute une catégorie d'individus, dans un but de protection économique et d'utilité familiale, est une institution d'ordre public (V. Fuzier-Herman, Code civil annoté, sous l'article 6). Toutes les règles se rapportant à l'organisation des différentes incapacités sont donc d'ordre public (V. Merlin, Rép., V^o Loi, § 8; Huc, Comment. th. et prat. du C. civ., t. I, n^o 186 et s.; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, Tr. des pers., t. I, n^o 169 et 268; Laurent, Princ. de dr. civ., t. I, n^o 52; Alglave, Action du Ministère public, 2^e éd., p. 490 et s.; Despagne, *Journ. de dr. intern. privé*, 1889, p. 5 et s.; Lyon-Caen et Renault, Précis de dr. comm., t. II, n^o 1388; Demolombe, XVIII, n^o 291, p. 321).

SECTION II

Cause et objet

Une obligation ne peut avoir pour objet ou pour cause un fait contraire à l'ordre public (art. 1128 et 1131 C. civ.). Et ce fait contraire à l'ordre public, les contractants ne peuvent ni le prendre pour but immédiat et direct, ni le faire entrer comme élément accessoire dans leur obligation, en subordonnant le maintien de celle-ci à l'arrivée de ce fait (art. 1172 et 900 C. civ.).

C'est ainsi que toute atteinte apportée à la liberté du commerce et de l'industrie par des conventions privées est considérée comme contraire à l'ordre public, et entraîne, par application de l'article 1133 C. civ., la nullité de ces conventions (Rapp. de M. le Conseiller Petit, D. P., 1894, 1, 54).

La liberté du commerce et de l'industrie proclamée en France par la loi du 2 mars 1791, est en effet d'ordre public (*ibid.*). Car le régime des corporations, qui avait été le point de départ d'une ère de perfectionnement et de prospérité na-

tionale, était devenu un mal pour les ouvriers, en « détruisant les bonnes habitudes de travail et les moyens d'existence ; pour les patrons dont l'industrie est paralysée ; pour l'Etat tout entier en compromettant le développement industriel, en atteignant la richesse en arrêtant le travail qui en est la source » (Exposé des motifs de la loi du 25 mai 1864, D. P., 1864, 5, 53). Tous ces règlements, disait déjà Charles IX, dans une ordonnance de 1558, « sont faits plus en faveur et profit des personnes de chacun mestier que pour le bien commun ».

C'est parce que ces contraintes atteignaient la richesse nationale tout en blessant l'idéal révolutionnaire de liberté universelle, que la loi a proclamé le principe intangible de la liberté du commerce et de l'industrie. Et la liberté individuelle de contracter sera abolie, toutes les fois qu'elle portera atteinte au dogme proclamé par la loi dans un but d'ordre essentiellement national.

De même, la liberté d'aliéner ses biens, qui est pour l'homme l'un des plus puissants leviers de son activité économique, est devenue un droit hors du commerce, que la loi, pour des raisons d'utilité sociale et de convenance morale, oblige tout individu à respecter (V. *Bartin, Théorie des conditions impossibles, illicites, ou contraires aux mœurs*, p. 169 et s., et 214). La prohibition d'aliéner serait, en outre, contraire à l'ordre public, comme frappant des biens d'immobilité, les retirant du commerce, créant en quelque sorte des biens de main-morte (Lyon, 7 avril 1835, D., 1836, 2, 183). Une telle immobilisation nuirait au crédit (Lyon, 12 juin 1856, D., 1856, 2, 224). On peut considérer, dit la Cour d'Alger (20 janv. 1879, D., 1879, 2, 143), « que l'inaliénabilité, en opposition avec une loi fondamentale de l'économie politique, contraire au principe de la libre circulation des biens, paralyse l'essor de la richesse publique » (V. encore Cass., 19 mars 1877, D., 1879, 1, 455). « L'aliénabilité ou l'inaliénabilité des biens, déclare Demolombe, interprète fidèle de la jurisprudence (XVIII,

n° 291), de même que la capacité ou l'incapacité des personnes sont des matières d'ordre public, qui ne sauraient être modifiées par des dispositions particulières ».

Je citerai encore à titre d'exemples de conventions contraires à l'ordre public, le contrat par lequel un publiciste a cédé à un docteur en médecine la licence exclusive de marques pour produits pharmaceutiques et méthodes thérapeutiques ainsi qu'une clinique, moyennant le paiement d'un prix élevé et en outre l'engagement de faire dans les journaux de la ville et de la région une importante publicité (Cass. civ., 4 déc. 1929, S., 1931, 1, 49). Car, déclare l'arrêt, un tel contrat a pour objet l'exploitation des malades au moyen d'une publicité intense et par l'emploi de qualificatifs destinés à impressionner le public, et est en conséquence dangereux pour la santé publique ; il est contraire aux « intérêts fondamentaux de la collectivité » (même arrêt), et comme tel contraire à l'ordre public.

La convention par laquelle un tiers s'engage à employer ses relations, à faire des démarches, en vue de la conclusion d'un mariage, moyennant le paiement d'une indemnité, est-elle contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ? Il en était ainsi jugé autrefois. Notre siècle a vu en cette matière comme en tant d'autres un revirement. Un jugement récent a même déclaré qu'une telle convention, « loin d'être contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public, ne saurait être qu'encouragée par les tribunaux comme tendant à un résultat particulièrement souhaitable au point de vue social » (Trib. de Paix du canton ouest de Dijon, 27 juill. 1932, D. H., 1932, 582 ; v. aussi Colmar, 18 nov. 1933, *Gaz. Pal.*, 16 janvier 1934).

Il est encore des conventions que les contractants ne peuvent pas faire librement parce qu'elles sont contraires à notre ordre public : ce sont celles qui seraient contraires à la moralité et aux conceptions philosophiques actuelles (V. Fuzier-Herman, Code civil annoté, sous l'article 6, et les auteurs y cités).

C'est à ce titre que les pactes sur successions futures sont interdits (art. 1130 C. civ.); de même que les conventions relatives aux maisons de tolérance, aux jeux de hasard, trafic d'influence, etc..., toutes conventions contraires à notre notion actuelle de la moralité, et par là contraires à l'ordre public.

Et c'est pour garder intacte la notion de l'homme fin en soi sur laquelle toute notre civilisation est érigée, que l'homme et ses droits naturels sont déclarés intangibles : d'où interdiction absolue de porter atteinte par des conventions à la liberté individuelle (prohibition de l'esclavage), à la liberté du travail, à la liberté de pensée, etc... De telles conventions seraient incontestablement contraires à l'ordre public (Fuzier-Herman, *op. et loc. cit.*) comme contraires à notre conception nationale de la valeur humaine (Cf. Cass., 31 oct. 1933, D. H., 1933, 585 : le droit de libre défense devant la juridiction répressive est d'ordre public).

Dans tous ces exemples jurisprudentiels, on peut remarquer que, tout en étant séparés dans l'article 1133, l'ordre public et les bonnes mœurs sont unis par le juge, tant leur frontière commune est incertaine.

D'autre part, il n'est question, dans tous ces jugements et arrêts, que de : richesse nationale, santé publique, intérêts fondamentaux de la collectivité, moralité publique, conceptions philosophiques nationales, tous éléments que les tribunaux rassemblent sous le même terme : ordre public.

SECTION III

Le droit du travail

Le droit du travail s'est longtemps confondu avec le droit civil. Il s'en est dégagé par suite des transformations amenées par l'industrialisme. Il est le résultat du développement des syndicats, et de l'intervention progressive de l'Etat dans

les relations du travail compliquées par l'industrialisme. Il est donc une conséquence du syndicalisme et de l'interventionnisme.

Le droit du travail s'est développé sur le tronc du droit civil comme le gui sur le chêne, pour en tirer une substance nouvelle aux dépens de l'arbre nourricier (M. Edouard Lambert, Cours de Droit comparé, 1929-1930). Il a refoulé les conceptions anciennes du droit civil pour y substituer des conceptions opposées.

C'est ainsi qu'en face de la libre résiliation du contrat de louage de services à durée indéterminée (art. 1780, al. 1, C. civ.), s'est dressée, étape par étape, une législation contraire, dont l'aboutissement est la loi du 19 juillet 1928, substituant au régime primitif de liberté individuelle une obligation légale. Cette loi de 1928 est d'ordre public, comme se rattachant « à un objectif d'ordre social et de protection du travail » (Pic, Législ. industr., n° 1203).

De même, la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail a imposé aux patrons un régime exorbitant du droit commun dans l'intérêt de l'ordre social et de la protection du travail. C'est une loi d'ordre public (art. 30 de la loi du 9 avril 1898 ; Cass. civ., 4 déc. 1928, S., 1929, 1, 67 ; Besançon, 18 déc. 1931, D. H., 1932, 170 ; Cass. civ., 12 déc. 1932, Chron. Hebd., S., 2 mars 1933 ; Cass. civ., 17 janv. 1933, D. H., 1933, 129, S., 1933, 1, 108 ; — sur le caractère d'ordre public de la loi du 9 avril 1898, v. Dall., Répert. prat., V° Accidents du travail, n°s 393 et s., Suppl., eod. V°, n°s 393-2° et s.).

Je pourrais encore citer toute la réglementation ayant pour but la protection du travail, ménageant le travailleur pour sauvegarder la race ou augmenter la production en améliorant le rendement ; toute cette réglementation est d'ordre public.

D'une façon plus générale, on peut affirmer que toutes les lois touchant à l'organisation du travail sont d'ordre public (Planiol et Ripert, Traité, t. I, p. 324 et s.; Req., 12 nov. 1928,

D. H., 1928, p. 4). Le Code du travail maritime (loi du 13 déc. 1926) ne déclare-t-il pas expressément que toutes ses dispositions sont d'ordre public (art. 133) ? (V. G. Ripert, Droit maritime, 3^e éd., I, n^o 561 *bis*).

Mais je m'appesantirai davantage sur les conventions collectives du travail, où me semble se manifester plus nettement encore l'esprit nouveau qui crée peu à peu le droit du travail.

LES CONVENTIONS COLLECTIVES DU TRAVAIL

Ces conventions ont pour but de limiter la liberté du marchandage individuel. Elles ébranlent le principe naturel fondamental qui est à la base de la théorie universelle des obligations du xix^e et du xx^e siècles : les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, elles ne nuisent ni ne profitent aux tiers (art. 1165 C. civ.). Or, la convention collective du travail a justement pour but essentiel de permettre à des syndicats de passer des conventions destinées à produire effet pour et contre les tiers.

Le contrat collectif et le contrat individuel de travail sont de structure économique et juridique très différentes. Notre jurisprudence dégage aujourd'hui nettement l'opposition qui existe entre eux (Cass. civ., 4 mars 1929, S., 1929, 1, 267). Le contrat individuel de travail fait naître des obligations respectives de payer et servir entre les parties, et il crée des liens de subordination immédiats et concrets entre employés et employeurs. L'objet du contrat collectif est de déterminer les modèles sur lesquels seront établis les contrats individuels ; il pose les conditions essentielles des contrats individuel. Son but est d'établir, par l'accord des groupements intéressés, la loi ou le règlement de la profession. Il a un double rôle : 1^o (c'est son rôle le plus ancien) il établit des tarifs de salaire servant de base aux contrats individuels ; 2^o il établit l'organisation même de la profession, organisation durable des rapports entre employés et employeurs,

créant les instruments de rapprochement pour arriver, par des discussions pacifiques, à régler la situation au jour le jour sans recourir à la lutte. Les Allemands distinguent ces deux parties du contrat collectif en les nommant : Lohn Tarif et Rahmen Tarif (V. M. Edouard Lambert, Cours de Droit comparé à la Faculté de Droit de Lyon, 1929-30).

La loi du 25 mars 1919, tout en faisant quelques concessions aux principes du droit civil, est, dans l'ensemble, une restriction à la liberté de contracter. Elle détermine les conditions auxquelles doivent satisfaire les contrats individuels ou d'équipe que les personnes, liées par la convention, passent, soit entre elles, *soit avec des tiers*, pour le genre de travail qui fait l'objet de la dite convention (art. 31, al. 2). Elle s'impose non seulement aux employeurs et employés signataires de ladite convention, mais à ceux qui, au moment où la convention est conclue, sont membres d'un groupement partie à cette convention (art. 31, k), à ceux qui sont membres d'un groupement adhérant ultérieurement à cette convention, et à ceux qui, postérieurement à la convention, entrent dans un groupement partie à cette convention (art. 31, k). La convention s'impose donc à d'autres qu'aux signataires. Evidemment, la loi prévoit des retraites, des démissions ; mais cela n'est qu'une concession théorique aux principes et ne peut guère fonctionner en pratique.

A l'égard des personnes régies par la convention, les règles posées dans cette convention s'imposent, *nonobstant toute stipulation contraire*, aux rapports nés de ce contrat de travail (art. 31, q) ; la convention est la loi impérative de tous les contrats de travail passés par les personnes régies par la convention. A l'égard des tiers (art. 31, r), quand une seule des parties est liée par la convention, ces clauses sont présumées s'appliquer aux rapports nés du contrat de travail, à défaut de stipulation contraire ; la loi établit ici une présomption d'acceptation tout à fait contraire aux principes naturels du droit civil.

Avec cette portée, la loi de 1919 a choqué la jurisprudence, et la Cour de Cassation a résisté à l'application de l'article 31, q (V. Cass., 5 janvier 1925, R. I. J. T., 1925, France, n° 4 ; la Cour suprême n'admettait pas que les clauses d'un contrat collectif de travail pussent prévaloir contre les stipulations d'un contrat individuel). Mais, dans ses arrêts postérieurs, la Cour suprême applique la loi de 1919 dans toute sa portée.

La reconnaissance du contrat collectif présente une importance capitale au point de vue de la paix sociale (V. Pic, *Traité de Législation industrielle*, 1931, p. 873). Le véritable intérêt de ce contrat collectif de travail est de donner la sécurité aux employeurs et aux employés et de stabiliser les conditions de la production. Or, ce double résultat ne peut être atteint que si l'on supprime toute fluctuation des contrats individuels, si l'on rend véritablement statutaire la situation du salarié. La loi de 1919, tout en visant ce but, n'a pas osé prendre les dispositions impératives nécessaires. Tout en sapant profondément le principe même de la liberté des conventions et de la liberté syndicale, elle n'a pas voulu déroger ostensiblement à ce double principe. Elle a laissé possibles des démissions et des retraites, qui, pour théoriques qu'elles soient, n'en satisfont pas moins, en apparence, aux principes du Code civil. Mais l'esprit de la loi de 1919 est plus hardi que sa rédaction. Et, malgré sa timidité, cette loi est un grand pas vers le syndicat obligatoire et vers le pouvoir réglementaire de la convention collective, c'est-à-dire vers une suppression complète, en ce domaine, du principe naturel de la liberté des conventions, dans l'intérêt de la paix publique et l'intérêt de la production (V. Pic, *op. cit.*; G. Scelle, *Précis de législation industrielle* ; Raynaud, *Le contrat collectif en France*, 1921).

Les législations étrangères ont été plus loin que la nôtre vers ce caractère universellement obligatoire de la convention collective dans son domaine territorial et professionnel d'application :

En Allemagne, l'Ordonnance du 25 décembre 1918 (§ 1, al. 1) décide que, lorsque les conditions pour la conclusion des contrats de travail sont réglées par écrit entre des associations d'employés et des employeurs individuels ou des associations d'employeurs, les contrats individuels de travail entre les personnes participant à la convention sont sans effet dans la mesure où ils s'écarterent du *règlement* fait par la convention collective. La convention collective devient ici une sorte de loi locale de la profession, loi impérative à laquelle on ne peut déroger. Les stipulations y dérogeant ne sont valables que dans deux cas : 1° dans la mesure où les contrats de tarif eux-mêmes l'autorisent ; 2° si elles contiennent un changement aux conditions du travail en faveur de l'ouvrier (c'est-à-dire dans l'intérêt général de la collectivité des travailleurs, — v. arrêt de la Cour suprême, 17 nov. 1925, R. I. J. T., 1925, Allemagne, p. 54), et si elles ne sont pas expressément exclues par le contrat de tarif.

Ainsi, le contrat collectif de travail devient une loi impérative pour toutes les personnes participant à ce contrat. Bien plus, le contrat peut devenir une loi obligatoire pour toute la catégorie professionnelle et la région que vise le contrat de tarif, en vertu d'une disposition contenue dans le paragraphe 2 de l'Ordonnance de 1918. Ce résultat est obtenu par la procédure de la « déclaration de caractère obligatoire pour tous », toutes les fois que l'exige un « intérêt de pacification économique ». Le contrat collectif se détache donc franchement du contrat conventionnel civil. Cependant, cette déclaration d'utilité publique de la convention ne peut jamais intervenir d'office par l'Etat ; elle doit être demandée par une des parties régies par la convention.

L'Ordonnance du 30 octobre 1923 sur la conciliation en matière de conflit du travail a été plus loin encore, en décidant qu'en cas de non conciliation intervient une sentence arbitrale qui peut être imposée malgré elles aux parties, si l'intérêt public l'exige (al. 6), c'est-à-dire si son exécution est ré-

clamée par des motifs économiques et sociaux ou des motifs d'utilité publique, *l'intérêt de la productivité générale de l'économie allemande*.

On sort ici nettement du droit civil pour passer dans le droit administratif ou même dans le droit public. On cherche à substituer des règlements juridiques aux luttes économiques.

L'Allemagne hitlérienne affirme encore plus catégoriquement ce caractère étatique du droit du travail (Dépêche 1117/33 du Ministre du Travail. — Directives pour la préparation du Comité en vue d'une nouvelle forme de l'organisation sociale). Il est affirmé, en effet, que « le point de départ de la nouvelle organisation sociale est la reconnaissance que l'Economie, en tant qu'un tout, doit servir l'Etat, et que l'individu ne peut remplir son devoir envers l'Etat... qu'à l'intérieur des nombreuses communautés laborieuses dans lesquelles l'Economie se décompose. La tâche est donc la suivante : la véritable intégration de tout individu dans sa collectivité active » (Suite à la Dépêche ministérielle précitée, ayant pour objet les directives pour l'organisation sociale corporative, § 1. Berlin, le 19 avril 1933. Signé : Franz Seldle).

Les communautés laborieuses (*Leistungsgemeinschaften*) sont les corporations, qui sont « l'ensemble des forces actives dans une branche déterminée de l'Economie, liées par une tâche économique commune » (*ibid.*, § 2). Cette nouvelle organisation corporative doit servir de base à une nouvelle économie nationale méthodique, qui sera possible « dès que politique économique et politique sociale ne seront plus séparées et traitées indépendamment l'une de l'autre, et que les conflits du travail seront supprimés » (*ibid.*, § 3). Car « c'est dans l'organisation du travail que la pensée de l'interdépendance et de la responsabilité vis-à-vis de l'ensemble doit avoir son expression la plus aiguë » (§ 7). Pour supprimer les conflits du travail, on décide que : « la charge du travail commun corporatif, en ce qui concerne les tarifs généraux et autres questions de politique sociale, repose sur les décisions géné-

rales prises par les groupements » (§ 7). Les tarifs collectifs sont créés par l'effort commun des groupements d'entrepreneurs, d'employés, d'ouvriers, dans chaque corporation. Si, malgré tout, il naît des difficultés provenant des rapports du travail, elles « peuvent être tranchées à l'intérieur de la corporation par un tribunal paritaire, sous la présidence d'un juge indépendant. De même, la solution des difficultés concernant la forme des conditions du travail dépend d'abord de la corporation ; en dernier ressort, l'Etat tranche. L'Economie et tous ses organismes ont une administration propre. L'Etat n'a qu'à veiller à ce que le développement général de l'Economie réponde à l'intérêt de l'Etat » (§ 10) (V. la Loi sur l'organisation du travail national, du 20 janv. 1934).

En Italie, la loi du 3 avril 1926 sur la réglementation juridique des rapports collectifs résultant du travail, fait des contrats collectifs de travail conclus par des associations légalement reconnues une véritable loi professionnelle établie par les représentants légaux de la profession. Le syndicat légalement reconnu devient ainsi une personne juridique de droit public, ayant le pouvoir réglementaire sur tous les membres de la profession, qu'ils soient inscrits ou non et qu'ils le veuillent ou non. L'organisation de la magistrature du travail a de plus le pouvoir non seulement de trancher les différends relatifs aux conventions collectives, mais encore d'imposer de nouvelles conventions collectives aux parties. Dans ce cas, sa décision prend la valeur d'une source législative. Et alors même que les deux parties voudraient éviter cette loi judiciaire, elles ne peuvent empêcher le ministère public d'intervenir quand l'intérêt public l'exige, c'est-à-dire l'intérêt supérieur de la production. Ainsi la magistrature du travail est l'organe par lequel l'Etat intervient pour régler les différends du travail, soit qu'ils concernent l'observation des conventions existantes, soit qu'ils se rapportent à la détermination de nouvelles conditions de travail. L'action portée devant cette magistrature est une action judiciaire ayant pour but la *création*

de règles substantielles du droit (Feuille d'informations corporatives, Rome, fév. 1934). Et cette action judiciaire peut être exercée par le Ministère public dans l'intérêt général de la production (Charte du Travail de 1927).

C'est ainsi que la Cour d'appel de Milan vient de rendre un arrêt qui établit trois règlements, entrés en vigueur 4 jours après la publication de l'arrêt, et considérés comme des compléments du contrat national pour la main-d'œuvre employée dans les entreprises de tissage de la soie en Italie (V. Feuille d'informations corporatives, Rome, septembre 1933).

Le Droit du travail, restriction à la liberté des conventions, arrive ainsi à se détacher complètement du droit civil à base de droit naturel, pour se rapprocher du droit public à base d'ordre public.

Ainsi, après cette étude des textes de droit moderne, nous retrouvons les deux mêmes propositions que nous avons déjà dégagées de l'étude des droits anciens :

A. — Le droit naturel, qui forme cependant la base de notre droit, est souvent battu en brèche dans ses applications par un principe supérieur.

B. — Ce principe supérieur se compose de considérations physiques, esthétiques, économiques, morales et philosophiques ; il vise à la défense du pays et à son développement, à une plus grande valeur matérielle et spirituelle de la Nation.

CHAPITRE VI

L'ordre public et le droit des gens

SECTION I

Principes du droit des gens

M. Weiss, Vice-Président de la Cour permanente de Justice internationale, a dit, avec raison, que l'ordre public dominait tout le droit international privé (Annuaire de l'Institut de droit international, 1910, p. 462), et le Docteur Bustamante, l'éminent cubain, déclare dans son œuvre monumentale sur l'ordre public, qu'il comprend tout le droit international privé (El orden publico, Habana, 1893).

Je ne veux point ici faire une étude, même superficielle, de tout le droit international privé ; je n'ai pas la prétention non plus de rechercher l'ordre public dans toutes les circonstances de fait où il est apparu en droit international privé.

Suivant la méthode que j'ai employée en ce qui concerne l'ordre public interne, j'ai seulement choisi, à travers la jurisprudence française que j'ai consciencieusement fouillée, quelques exemples typiques qui montreront que, là encore, l'ordre public se ramène toujours aux mêmes éléments.

Le grand principe qui domine tout notre système de solution de conflits de lois, est un principe de droit naturel, le Droit des gens. C'est un ensemble de droits qui demeurent at-

tachés à la personne de tout individu qui s'expatrie, et que doit respecter l'Etat où cet étranger a établi sa résidence.

Le droit des gens reconnu par notre jurisprudence se ramène aux principes suivants :

1° D'une façon générale, en ce qui concerne l'individu lui-même, la loi nationale de l'étranger est la seule applicable. C'est ce que l'on appelle le principe de la personnalité des lois, qui est, pour tout individu, « un droit naturel et imprescriptible » (Weiss, *Principes élém. de droit intern. privé*, p. 233).

Il est à présumer, en effet, que tout individu vit depuis sa naissance sous sa loi nationale, dans un ensemble de règles juridiques qui s'incorporent à lui pour le revêtir d'une sorte de personnalité sociale. Ces lois sont d'ailleurs, par hypothèse, celles qui conviennent le mieux à sa véritable nature, puisque c'est en fonction de cette nature que le souverain les a édictées; elles sont « en rapport intime avec le climat, le sol, la race, les traditions, les mœurs des populations. Il est juste de ne les appliquer qu'aux seules personnes en vue desquelles elles ont été faites, qu'aux seules personnes qui ont subi les diverses influences qui servent de base aux règles légales » (Pouillet, *Man. de dr. intern. privé belge*, 1925, p. 273).

Ce statut national doit donc, logiquement, s'attacher à l'individu, de telle sorte qu'il ne le quittera jamais, même dans les pays étrangers où cet individu viendrait à habiter. Est-ce là respect des droits acquis ? Je ne sais. En tout cas, cela semble bien l'expression d'un droit que l'on s'accorde à reconnaître juste et naturel.

2° En ce qui concerne le régime contractuel, le grand principe qui domine est, comme en droit interne, l'autonomie de la volonté, qui n'est d'ailleurs qu'un corollaire du précédent, toute la réglementation d'un acte s'agglutinant autour de la personnalité des contractants. La loi naturelle du contrat est, en effet, la volonté même des contractants. Cette volonté contractuelle, qui est l'un des éléments de la personnalité so-

ciale, doit pouvoir s'exprimer librement, quel que soit le lieu où elle se manifeste.

Les contractants sont libres de choisir la loi sous laquelle ils entendent contracter. Ce n'est qu'à défaut de l'expression de cette volonté que l'on doit appliquer la règle « *Locus regit actum* ».

Cette règle, en effet, où certains auteurs ont voulu voir une règle d'ordre public ⁽¹⁾, n'est en réalité qu'une règle d'équité destinée à suppléer une volonté non exprimée.

Il en est ainsi en ce qui concerne l'application de la règle aux formes du contrat : les formes de la loi du lieu de rédaction seront parfois les seules accessibles (formes authentiques accomplies avec le secours d'officiers publics locaux obligés de se conformer aux lois de l'Etat qui les institue), et en tout cas les plus faciles à suivre, car il sera toujours possible de se renseigner sur elles auprès des agents d'affaires locaux, tandis qu'un étranger, ignorant les prescriptions de sa loi nationale, pourrait ne pas trouver aisément un conseiller au courant des formes imposées par les lois étrangères.

Il en sera également de même en ce qui concerne la substance des actes juridiques, c'est-à-dire leurs conditions de fond et leurs effets : le lieu de conclusion du contrat est commun aux deux contractants, et il est l'élément le plus caractéristique à considérer au moment de l'accord des volontés.

Mais il est bien entendu que la règle « *Locus regit actum* » reste essentiellement supplétive de la volonté des contractants, et la jurisprudence française, jugeant que la question doit être résolue en fait, subordonne sa décision aux circonstances, en tenant compte de l'intention des parties (V. sur le caractère facultatif de la règle *Locus regit actum*, De Lapradelle et Niboyet, Rép. de droit intern., V^o Règle *Locus regit actum*, n^o 40 avec les références; et sur la recherche de l'intention des parties par la jurisprudence, v. Cass. civ.,

(1) V. p. ex. : FEDOZZI, dans *Clunet*, 1897, p. 75.

5 déc. 1910, S., 1911, 1, 129, note Lyon-Caen; Paris, 7 janv. 1932, *Gaz. Pal.*, 1932, 1, 651, S., 1932, 2, 65, *Gaz. Trib.*, 11 fév. 1932; Cass. civ., 31 mai 1932, S., 1933, 1, 17, note Niboyet) (2).

Tels sont les deux principes qui composent le Droit des gens, ce droit naturel qui est à la base de notre droit international privé.

Et cependant, à ce droit naturel, notre loi et notre jurisprudence apportent bien des dérogations. Toutes les fois que le Droit des gens, tel qu'il est reconnu par nous, risquerait, par son application, de troubler chez nous l'ordre public, il est systématiquement repoussé.

Il en est ainsi en ce qui concerne les matières de droit public : organisation de l'Etat français et des services publics français, relations politiques ou administratives avec l'Etat français. Les impôts sont, de même, matière d'ordre public (cf. Cass. Belgique, 17 déc. 1931, S., 1932, 4, 17 ; et l'art. 71 de la loi de redressement budgétaire du 1^{er} mars 1933, *J. Off.*, 1^{er} mars 1933, p. 1994).

Il en est ainsi également en matière pénale : les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire, dit l'article 3 C. civ. L'expression « lois de police » a d'ailleurs aujourd'hui un sens beaucoup plus étendu qu'en 1804. Elle englobe de nombreuses règles n'appartenant pas au droit pénal, mais concernant des matières d'un caractère ambigu et relevant pour partie du droit public, pour partie du droit privé, par exemple la réglementation du travail. Car si le contrat de travail est encore une institution de droit privé, l'organisation du travail relève déjà du droit public, étant un aspect de l'organisation de l'Etat. En réglementant la durée du travail, le repos hebdomadaire, etc., la loi, dans l'intérêt social, subordonne les relations privées à la police de l'Etat, c'est-à-dire à des modalités dont l'exécution uniforme est sur-

(2) Dans le même sens : C. d'appel de Gênes, 30 sept. 1898, S. 1901, 4, 1, note WAHL; Trib. de l'Empire (Allemagne) 19 avril 1910, S. 1913, 4, 4, la note et les renvois.

veillée par des agents de l'Etat, et sanctionnée par des peines publiques.

Un autre exemple pourrait être fourni par l'obligation de déclarer les naissances et décès intervenus en France, car il est de première importance pour le pays de connaître à tous moments sa situation démographique, de savoir exactement quels sont les individus qui se trouvent sur son territoire.

En toutes ces matières, point de controverse : la loi étrangère doit céder la place à la loi nationale au nom de l'ordre public, c'est-à-dire en l'occurrence, au nom de la sécurité, de l'ordre et de la paix publique, en somme d'une bonne organisation nationale.

Et il en est de même encore en matière immobilière (art. 3, al. 2, C. civ.). Car l'immeuble est un élément du territoire, base de la Nation. Une loi étrangère pourrait-elle s'appliquer en cette matière sans violer en quelque sorte notre terre de France elle-même ? (V. Cass. req., 21 avril 1931, S. 31, 1, 377).

Et lorsqu'il s'agit, non plus du patrimoine matériel, mais du patrimoine moral de la Nation, les tribunaux décident d'une manière analogue que toute loi étrangère qui heurte nos traditions philosophiques essentielles est inapplicable en France.

C'est ainsi que la Cour de Cassation a refusé d'appliquer, comme contraire à l'ordre public, le décret du gouvernement soviétique du 26 janvier 1918, qui prononçait la nationalisation de la flotte marchande russe sans prévoir l'allocation d'une juste indemnité aux propriétaires dépossédés. Car ce décret est la négation même du droit de propriété, ce droit naturel qui est à la base de toutes nos constructions juridiques ; il ne saurait donc, « sans troubler profondément l'ordre établi sur le territoire de la République, être appliqué en France » (Req., 5 mars 1928, D. H., 1928, 181 ; D. P., 1928, 1, 81, avec le rapport de M. le Conseiller Célice et la note de R. Savatier).

C'est par application de la même idée que les tribunaux français se déclarent compétents pour connaître d'une de-

mande en divorce entre juifs polonais domiciliés en France, bien que le divorce n'ait pas été préalablement prononcé par le rabbin, car établir des différences d'ordre confessionnel entre les plaideurs serait contraire au droit naturel fondamental de la liberté de pensée et de religion, et comme tel contraire à l'ordre public (Trib. civ. Strasbourg, 22 oct. 1930, D. P., 1932, 2, 167).

C'est ce qu'on appelle le principe de *plus haute justice*.

« Tout Etat a le devoir de protéger la civilisation nationale contre les causes d'affaiblissement, de scandale. Les tribunaux remplissent donc leur rôle et invoquent à juste titre la défense de l'ordre public lorsqu'ils déclarent inapplicables en France des parties entières de lois étrangères dont l'esprit pourrait corrompre, dénaturer notre civilisation... C'est un droit incontestable pour chaque Etat de défendre l'autorité morale de ses caractères originaux, il y a là un aspect de la défense de son intégrité » (Paul Lerebours-Pigeonnière, Préc. de dr. intern. privé, p. 252 et 253 ; *adde* : Aix, 23 déc. 1925, S., 1926, 2, 1, note Savatier, D. P., 1927, 2, 1 ; J. Perroud, Clunet, 1926, 948).

Mais que dire lorsqu'il s'agit des lois fixant l'état et la capacité des personnes ? Que dire lorsqu'il s'agit de la loi du contrat ? Il semble que le grand principe de droit naturel appelé le Droit des gens, chassé déjà de bien des domaines, puisse au moins se réfugier sur ce terrain qui doit lui appartenir tout entier. Les lois sur l'état et la capacité, la loi du contrat, ne sont-ce pas là, en effet, les lois le plus fortement attachées à l'individu ?

Pourtant, là encore, l'ordre public se glisse, pour s'opposer, même dans ce domaine, à l'entrée de la loi étrangère.

SECTION II

L'état des personnes

Je n'insisterai pas, naturellement, sur la polygamie. Tout le monde est d'accord pour proclamer que cette institution choque notre notion de moralité publique, et que, en conséquence, l'ordre public s'oppose à l'application en France de toute loi susceptible de créer chez nous une famille polygamique. Ce point ne fait aucun doute, c'est même devenu une hypothèse d'école toutes les fois que l'on parle d'ordre public (V. Colin et Capitant, Cours élém. de droit civil, 4^e éd., t. I, p. 308 et 312).

Mais il est des hypothèses beaucoup plus délicates, par exemple en matière de filiation naturelle, de légitimation, d'adoption.

§ I. — FILIATION NATURELLE

En matière de filiation, c'est la loi nationale de l'étranger qui doit s'appliquer. Et c'est bien ce qui est admis sans contestation lorsqu'il s'agit d'une filiation légitime. Mais, en ce qui concerne la filiation naturelle, cela est très controversé.

Nous avons vu que la loi du 16 novembre 1912 sur la recherche de la paternité était considérée, au regard de notre droit interne, comme une loi d'ordre public. En sera-t-il de même au regard de notre droit international privé ?

La réponse sera affirmative si l'on en croit un arrêt de la Cour de Paris du 22 décembre 1920 (S. et P., 1921, 2, 97, Pand. Pér., 1921, 2, 97, note Audinet) : « Attendu, dit en effet la Cour, qu'en autorisant aux conditions qu'il prévoit la recherche judiciaire de la paternité, l'article 340 C. civ. modifié par la loi du 16 novembre 1912, consacre des règles qui sont pour

l'ordre social d'une importance essentielle et dont l'application s'impose en France aux étrangers comme aux nationaux... »

L'importance essentielle des règles posées, tel semblait donc être le critérium auquel s'était arrêtée la Cour de Paris.

Importance essentielle, vitale, tel peut bien être en effet un critérium de l'ordre public. Cependant, dans son arrêt, la Cour a fait, je crois, une confusion. Car, une loi qui présente ce caractère lorsqu'il s'agit de son application aux Français, en France, peut ne plus avoir la même importance vitale en ce qui concerne son application aux étrangers qui sont en France.

C'est ainsi que l'article 340 C. civ. est bien un texte d'ordre public dans son application aux Français, car il concerne l'organisation de la famille *française*, l'un des piliers de la nation elle-même. Mais en quoi l'organisation de la famille étrangère peut-elle intéresser notre ordre public ? La famille étrangère n'est pas un des éléments fondamentaux de la nation française. Par conséquent, rien n'empêchera le principe naturel de la personnalité du droit de s'appliquer, et c'est à bon droit que la Cour de Lyon a décidé, par un arrêt du 30 décembre 1920 (S. et P., 1921, 2, 97) que l'action en recherche de la paternité n'était pas, en ce qui concerne son application aux étrangers, un texte d'ordre public. C'est d'ailleurs l'opinion à laquelle s'est rangée la Cour de Cassation le 20 janvier 1925 (S., 1925, 1, 49, note Pillet) en jugeant applicable à une enfant de nationalité italienne la loi italienne qui interdit la recherche de la paternité.

On peut objecter à cela que, antérieurement à la loi de 1912, lorsque la recherche de la paternité était rigoureusement prohibée chez nous, on admettait unanimement que cette prohibition était d'ordre public, et était en conséquence opposable aux étrangers aussi bien qu'aux nationaux (Cass. civ., 25 oct. 1892, S. et P., 1893, 1, 505, et le renvoi; *adde* la note précitée de Audinet). Peut-on en conclure que la maxi-

me contraire doive avoir le même effet absolu ? Evidemment non. Car la prohibition de la recherche de la paternité était considérée comme d'ordre public, uniquement parce que l'on craignait pour la moralité publique le scandale trop fréquent des procès de ce genre. Or, lorsqu'il s'agit non plus d'interdiction mais de permission, aucun risque de scandale ne permet plus d'invoquer le respect dû à l'ordre public (V. Pillet, note 1925, précitée). En effet, qu'un enfant étranger puisse rechercher les liens de filiation naturelle qu'il croit lui appartenir ou que, suivant sa législation nationale, il doive s'abstenir d'une semblable réclamation, cela n'importe pas chez nous au maintien de l'ordre public. Cela concerne seulement la condition de l'enfant et la composition de la famille à laquelle il prétend s'agréger. Si cette famille est française, la recherche de la paternité étant en France une permission et non une obligation, l'ordre public ne sera pas plus troublé par l'admission que par le refus de la recherche. Si la famille est étrangère, sa composition ne concerne pas l'ordre public français.

L'ordre public ne s'opposera donc pas ici à l'application de la loi qui, d'après les principes du Droit des gens, doit s'appliquer : la loi nationale de l'étranger.

Mais, dira-t-on, quelle loi nationale va-t-il falloir appliquer ? La loi de l'enfant ou la loi du père ?

Beaucoup d'auteurs décident qu'en matière de filiation naturelle, on applique la loi du père (Niboyet, Pillet, Weiss, Champcommunal, Surville) ⁽³⁾. La jurisprudence de la Cour de Cassation se décide au contraire pour la loi de l'enfant (Cass. civ., 20 janv. 1925, S., 1925, 1, 49, note Pillet, D. P., 1925, 1, 177; Cass. civ., 28 juill. 1925, D. H., 1925, 606; Cass., 1^{er} avril 1930, *Gaz. Pal.*, 1930, 1, 769, D. P., 1930, 1, 89, note P. Chauveau; Civ., 28 juin 1932, D. P., 1932, 1, 157).

(3) V. sur cette opinion de la doctrine, les auteurs cités dans la note P. CHAUVEAU, au D. P. 1930, 1, 89, et dans le *Répert. de Dr. intern.*, V^e *Filiation*, par M. BATTIFOL, n. 15; *adde* : R. SAVATIER, *La recherche de la paternité*, n^{os} 134 et s.

Appliquer la loi du père serait, à mon avis, contraire au principe de la personnalité du droit. Ce serait mêler la notion d'ordre public en droit international à la notion d'ordre public interne. Ce serait mettre à la base de la filiation étrangère non plus le droit naturel qu'à chaque individu étranger de garder attaché à sa personne le statut qui dérive de sa nationalité, mais le lien légal qui, suivant notre propre législation, rattache l'enfant à son père. Ce serait partir de la famille, création légale, et non de l'individu, réalité naturelle.

Pour être logique avec les principes qui sont à la base de tout notre droit international privé, nous devons appliquer la loi de l'enfant. Et, puisque cette loi n'est pas contraire à notre ordre public, elle devra être appliquée à l'enfant, en France.

Mais une autre question se pose encore : est-ce la loi de l'enfant au moment de sa naissance, ou sa loi au moment de l'instance (ou peut-être même au moment du jugement définitif) ?

Sur ce point encore, il y a des controverses (V. notamment Savatier, note au D. P., 1932, 1, 157, et les auteurs y cités). Un arrêt de la Cour suprême de 1921 se décide pour la loi de l'enfant au moment de l'instance (Req., 8 juin 1921, *Rev. de dr. intern. privé*, 1924, p. 73, et le *Clunet*, 1922, p. 141). Un arrêt du 8 juin 1932 (D. P., 1932, 1, 157) semble au contraire opter pour la loi de l'enfant au moment de la naissance de celui-ci. Il faut d'ailleurs remarquer que ces arrêts ne tranchent pas une question de principe ; ils donnent seulement une solution à des cas d'espèce.

S'agit-il là, comme le laissent entendre les termes du dernier arrêt et M. Savatier dans sa note, d'une question de « droits acquis », d'où il faudrait conclure que, si la loi nationale de l'enfant au moment de sa naissance autorise la preuve de sa filiation naturelle, l'enfant a un droit acquis à faire cette preuve, et que s'il change ensuite de nationalité,

il garde ce droit ; mais que, au contraire, si sa loi nationale au moment de sa naissance interdit cette preuve et que sa loi postérieure le lui permette, il pourra encore établir sa filiation, une loi interdisant une preuve ne donnant aucun droit acquis ?

Je crois plutôt que le droit à faire la preuve de sa filiation ressortit naturellement à la loi nationale du moment de la naissance, et qu'il faut voir dans l'arrêt de 1932 une manifestation de la même préoccupation nationale qui a fait autoriser la femme française à garder, en se mariant avec un étranger, sa nationalité (loi du 10 août 1927). Et, par là, nous sommes ramenés à l'ordre public, le souci de repeupler la France étant évidemment un souci d'ordre public.

Ainsi, on arriverait à cette conclusion : En matière de filiation naturelle, la loi applicable, suivant le Droit des gens, serait la loi nationale de l'enfant au moment de sa naissance. La loi du 16 novembre 1912 ne s'y oppose pas, car elle n'est d'ordre public qu'en ce qui concerne le droit interne. Mais la jurisprudence semble admettre implicitement que la loi de 1927 sur la nationalité peut y faire obstacle, étant une loi d'ordre public international.

§ II. — LÉGITIMATION. — FILIATION ADULTÉRINE

En matière de légitimation, la loi applicable ne peut pas être la loi de l'enfant. Car, au contraire de la recherche de la paternité, la légitimation fait partie du statut personnel des parents. C'est, non plus le droit pour l'enfant de se rattacher à une famille, mais le droit, pour les parents, de rattacher à eux légitimement leur enfant (Cass. civ., 31 mars 1930, S., 1931, 1, 9, note Niboyet).

Mais, supposons que la loi des parents leur permette de légitimer un enfant adultérin, et cela même lorsqu'il existe un enfant légitime issu du mariage au cours duquel l'enfant adultérin a été conçu. Les tribunaux français pourront-ils ad-

mettre que, par leur mariage en France, les parents étrangers légitiment leur enfant adultérin ? L'ordre public doit-il ou ne doit-il pas intervenir pour tenir en échec la loi étrangère ? (V. Niboyet, Manuel de droit intern. privé, 2^e éd., n° 649, p. 765 ; et Rép. de droit intern., V° Ordre public).

Pendant plus d'un siècle, aucune légitimation d'enfant adultérin n'a été possible en France, parce que cela était jugé contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public (Cass., 23 janv. 1857, S., 1858, 1, 293 ; Bourges, 26 mai 1858, S., 1858, 2, 532 ; Rouen, 5 janv. 1887, S., 1888, 2, 75 ; Rép. de droit intern., V° Filiation, n°s 129 et suiv.).

Certes, la loi du 30 décembre 1915 (S., Lois annotées, 1916, p. 177) a admis la légitimation, désormais, de la plupart des enfants adultérins. Mais le législateur a formellement exclu de la légitimation ceux dont le père avait, lors de leur conception, des enfants légitimes. La raison de cette prohibition est que l'on ne voulait pas mettre sur le pied d'égalité, des enfants du mariage et des enfants de l'adultère, conçus et nés à la même époque et de deux femmes différentes, c'est-à-dire consacrer ainsi une sorte de famille polygamique. Or, que la polygamie heurte l'ordre public, cela ne fait aucun doute.

La considération de moralité publique, qui avait joué un rôle important dans la discussion de la loi du 7 novembre 1907 (S., lois annotées, 1908, p. 601, notes 3-5), a été reprise lorsqu'on élaborait la loi du 30 décembre 1915, et M. Maxime Lecomte, rapporteur au Sénat, déclara que la restriction formulée par l'article 331, 3° ; C. civ., était fondée sur une raison de « haute moralité » (S., lois annotées, 1916, p. 180, note 7). A ce titre, cette restriction peut être rattachée, comme la prohibition de la polygamie d'où elle procède, à l'ordre public international (V. Niboyet, Man. de dr. intern. privé, 2^e éd., p. 407, n° 325 ; cf. Nîmes, 17 juin 1929, S., 1929, 2, 129, note H. Solus), et, en conséquence, tenir en échec l'application en France de toute loi étrangère qui ne l'admettrait pas.

C'est bien ce qu'a décidé récemment la Cour de Cassation (Civ., 31 mars 1930, S., 1931, 1, 177, note Gény; *Sem. jur.*, 1930, p. 880, note Ed. Lévy; *Journ. de dr. intern. privé*, 1930, p. 649 et 652, note M. Morillot). Et la Cour de Metz, ajoutant à ces considérations de moralité publique un souci de sécurité familiale, a, le 27 janvier 1931 (S., 1932, 2, 121), jugé irrecevable l'action introduite par un enfant naturel allemand contre son prétendu père français, en paiement d'une pension alimentaire basée sur l'article 1708 C. civ. all., car cette action, en l'espèce, « pouvait » aboutir à consacrer une recherche de filiation adultérine, « au détriment du droit de sécurité le plus certain que la famille tient de la loi française ».

Mais que faudrait-il décider si les parents s'étaient mariés dans leur pays ? Les tribunaux français admettaient bien, avant 1884, la validité d'un divorce entre étrangers dans leur propre pays (Cass. civ., 28 fév. 1860, S., 1860, 1, 216), ou, avant 1912, l'exécution d'un jugement étranger sur une filiation naturelle (Paris, 2 août 1866, S., 66, 2, 342; Nancy, 6 juin 1912, *Journ. de dr. intern. privé*, 1914, p. 568), ou, encore aujourd'hui, la reconnaissance de certains effets pécuniaires d'un mariage musulman polygamique (Alger, 9 fév. 1910, *Rev. de dr. intern. privé*, 1913, p. 103 ; H. Solus, Tr. de la condition des indigènes en droit privé, n° 285, et note au S., 1929, 2, 129). En matière de légitimation d'enfant adultérin, la jurisprudence n'a pas eu à se prononcer. Mais, si le cas se présentait, il n'est pas douteux qu'elle devrait reconnaître à des enfants étrangers le bénéfice d'une légitimation qui leur est acquise ; ce qu'elle ne pourrait faire, ce qui serait contraire à l'ordre public, ce serait de créer ce droit en France. C'est pourquoi, dans son arrêt du 31 mars 1930 précité, la Cour de Cassation, décidant que « la règle de l'article 335 C. civ. est d'ordre public », rejetait, dans l'espèce donnée, l'application de la loi étrangère.

Ainsi, moralité publique, sécurité *légale* et stabilité de la famille française, tels sont ici les arguments au nom desquels on oppose au Droit des gens l'ordre public français.

§ III. — ADOPTION

Il a été jugé récemment que l'adoption exercée par un étranger « ne saurait recevoir effet en France, alors que l'adoptant avait, à l'époque où il a exercé cette faculté, des enfants légitimes, une telle adoption étant, en effet, contraire aux prescriptions de l'article 344 C. civ., lequel, concernant l'état des personnes, intéresse l'ordre public » (Cass. req., 21 avril 1931, S., 1931, 1, 377, note Niboyet).

On décidait donc que l'article 344 C. civ. était d'ordre public international, et l'on en donnait deux raisons (V. l'arrêt) :

1° L'article 344 intéresse la constitution de la famille et les effets du mariage, toutes dispositions d'ordre public ;

2° Les dispositions sur la réserve sont d'ordre public, or elles seraient méconnues si la part des enfants légitimes pouvait être diminuée au delà de ce que la loi française permet à un enfant adoptif.

Ainsi, la Cour de Cassation, reprenant d'ailleurs les arguments de la Cour d'appel, semblait faire une confusion. En effet, toutes les règles concernant l'organisation et le fonctionnement de la famille française intéressent bien l'ordre public, mais l'ordre public *interne* (V. *supra*, § I). On ne voit pas en quoi l'organisation de la famille étrangère peut intéresser notre ordre public, en dehors des règles instituant la polygamie... La loi applicable en matière d'adoption devra donc être la loi nationale étrangère, en l'espèce la loi hindoue (V. Rép. de dr. intern., V° Adoption). Quant aux règles sur la réserve, elles intéressent également l'ordre public *interne* (V. *supra*; ch. III, sect. II, § IV), mais non l'ordre public *international*. Car, si cela était, les tribunaux devraient toujours appliquer les règles du droit français sur la réserve, en matière de succession immobilière, même lorsque les immeubles sont situés hors de France, si, par suite des hasards de compétence, un tribunal français était saisi, et, en matière de succession mobilière, même si le défunt était domicilié en

pays étranger. Or, la jurisprudence française n'est pas en ce sens (V. Aix, 7 mars 1910, *Rev. de dr. intern. privé*, 1911, p. 385 ; Paris, 17 mai 1911, *Journ. de dr. intern. privé*, 1912, p. 546 ; cf. encore les décisions de Cass. favorables à la compétence de la loi étrangère sans que l'idée de l'ordre public ne soit intervenue pour la repousser : Cass. civ., 11 fév. 1890, *Journ. de dr. intern. privé*, 1890, p. 299 ; 26 janv. 1892, S., 1892, 1, 76 ; *adde* : De Lapredelle et Niboyet, *Rép. de dr. intern.*, V^o ordre public, n^{os} 277, 287, et Niboyet, note au S., 1931, 1, 377).

D'une façon générale, on peut dire que l'ordre public s'oppose à l'application, en France, de toute loi étrangère concernant l'état des personnes qui risquerait de porter atteinte à la moralité publique, ou à la constitution même de la famille française. Mais, si l'application de la loi étrangère ne doit avoir de retentissement que sur l'organisation de la famille étrangère, cela n'intéresse pas l'ordre public, et, en vertu du Droit des gens, c'est la loi nationale étrangère que nos tribunaux devront appliquer.

SECTION III

La capacité

La toute-puissance de l'ordre public qui s'oppose, dans certains cas, à l'application d'un principe de droit naturel, se manifeste également en matière de capacité des personnes.

La capacité d'un étranger est, suivant un principe de droit naturel, fixée par la loi nationale de cet étranger.

Cependant, dans la célèbre affaire Lizzardi, la Cour de Cassation n'a-t-elle pas fait prévaloir la loi française sur la loi étrangère ? (Req., 16 janv. 1861, S., 1861, 1, 306 ; Pillet, Tr., I, p. 509 et s. ; Pouillet, p. 284 ; Valéry, p. 853). Un étranger, incapable suivant sa loi, avait contracté avec un Français, dans

un cas où il était capable aux termes de la loi française. La Cour suprême a validé le contrat. Cet arrêt a été très critiqué en doctrine. Ainsi M. Pouillet déclare (p. 285), « qu'il est du devoir d'un homme soucieux de ses affaires de s'éclairer sur la condition juridique de ceux avec lesquels il contracte. S'il a négligé cette précaution, il est en faute ; si, s'étant informé et n'ayant pas obtenu de renseignements suffisamment précis il a contracté néanmoins, il est encore en faute, tout comme s'il avait, à son insu, en Belgique, contracté avec un mineur belge ». Et M. Weiss (Manuel, 1925, p. 41) exprime presque exactement la même opinion.

Par quelles considérations se justifie donc cet arrêt manifestement contraire au droit naturel qui est à la base du Droit des Gens ? par le fait qu'il correspond à des nécessités pratiques, les nécessités du commerce, lequel exige la rapidité des transactions ; or, si un étranger vient à Paris faire des achats, comment exiger que chaque marchand fasse une enquête sur sa capacité ? L'ordre public, sous forme de nécessité économique, s'oppose ici à l'application de la loi nationale de l'étranger.

On a invoqué aussi, pour justifier cet arrêt, une injustice flagrante qui serait opposée à l'ordre public. (Th. Healy, Théorie générale de l'ordre public, p. 511). En effet, allègue-t-on, le Français était de bonne foi et n'avait commis aucune imprudence : pourquoi, au nom d'un principe de droit naturel, protéger un homme qui se savait incapable d'après sa loi, contre un Français dont la confiance était légitime ? L'ordre public contiendrait ici encore, à côté de considérations économiques, un désir de « plus haute justice ».

Il faut remarquer que le Code civil allemand, qui contient une disposition spéciale sur cette question, s'inspirant des seules données économiques, n'exige nullement la non-imprudence du co-contractant allemand pour restreindre la capacité dans les limites de la loi allemande : « Si un étranger (prévoit l'article 7) fait en Allemagne un acte juridique pour

lequel il est incapable ou n'a qu'une capacité restreinte, il est réputé capable pour cet acte, pour autant qu'il le serait d'après les lois allemandes ». La loi japonaise du 15 juin 1898 est à peu près semblable (art. 3, Clunet, 1901, p. 632). La loi suédoise du 8 juillet 1904 introduit par contre la condition de bonne foi pour le co-contractant suédois, décidant que, si le mineur étranger fait un acte, l'acte est valable à l'égard de ceux qui n'ont pas connu ou n'ont pas pu connaître son incapacité, s'il était capable suivant la loi suédoise.

Ainsi, en matière de capacité comme en matière d'état des personnes, le principe est fondé sur le droit naturel : application de la loi nationale. Mais, s'il est jugé que, pour des raisons d'économie nationale ou de « plus haute justice », l'ordre public exige la non-application de la loi étrangère, les tribunaux se refusent à appliquer cette loi.

SECTION IV

Les contrats

C'est, nous l'avons vu, la volonté des contractants qui est essentiellement la loi même du contrat. Et, à défaut de cette volonté exprimée, le Droit des gens a établi une présomption, qui est la règle « *Locus regit actum* ».

Cependant, à ce droit naturel, notre jurisprudence oppose souvent un tout-puissant principe : « Tout acte, tout accord, tout contrat, s'il est de nature à troubler l'ordre sur le territoire d'un Etat, ou s'il est contraire aux bonnes mœurs, est contraire à l'ordre public international, donc illicite » (Trib. civ. Seine, 2 juill. 1932, D. H., 1932, 502).

Nous allons voir, à titre d'exemple, une manifestation de ce principe au sujet des contrats qui touchent au crédit public.

Après la loi du 12 août 1870 ayant établi le cours forcé, la

Cour de Cassation a eu à se prononcer sur le fait de savoir si les particuliers pouvaient ou non, par une convention, s'affranchir de l'obéissance à cette loi monétaire.

Un arrêt de la Cour de Cassation du 11 février 1873 (S., 1873, 1, 97, note Labbé), jugea que « les lois monétaires qui, en vue de conjurer une crise imminente, décrètent le cours forcé d'un papier de crédit, participent du caractère des lois de police et de sûreté ; qu'à ce titre elles intéressent incontestablement l'ordre public... » Et, en conséquence, s'appuyant sur l'article 6 C. civ. et sur l'article 475, § 11 C. pén., la Cour annulait une convention comme contraire à une loi d'ordre public.

L'arrêt ne se borne d'ailleurs pas à déclarer que la loi monétaire établissant le cours forcé est d'ordre public, il tente d'expliquer pourquoi elle est une loi d'ordre public. C'est, dit-il d'abord d'une façon vague, qu'elle fait partie des lois de police et de sûreté ; et puis il précise que cette loi a été rendue « dans des circonstances telles qu'elle a été non seulement une mesure d'ordre public, mais plus encore une mesure de salut public ». Et les particuliers ne peuvent pas l'exclure de leurs rapports, car la monnaie rejetée serait dépréciée au détriment de « l'intérêt général ».

Ainsi, nous commençons, quoique d'une manière un peu obscure encore, à voir apparaître, en ce domaine, les premiers éléments de ce mystérieux ordre public : il a pour but le salut public, l'intérêt général. C'est une mesure de *conservation nationale*.

La même question s'est posée, plus âprement, après la loi du 5 août 1914 établissant de nouveau le cours forcé. Et le problème, cette fois, a pris plus d'ampleur, en raison du développement du commerce international. Il s'est posé alors non plus seulement sur le terrain du droit interne, mais sur le terrain du droit international.

Les tribunaux français, fidèles à la jurisprudence anté-

rieure, jugèrent constamment que la convention par laquelle les parties dérogeraient à la loi monétaire établissant le cours forcé serait illicite, fût-elle même antérieure à cette loi, la loi établissant le cours forcé étant de celles qui intéressent au premier chef l'ordre public, et auxquelles il ne peut être dérogé par des conventions particulières (Paris, 22 fév. 1924, S., 1924, 2, 43 ; Cass., 17 mai 1927, S., 1927, 1, 289, note Esmein ; Cass., 31 déc. 1928, S., 1930, 1, 41, note de M. Hubert ; Cass. req., 27 mars 1929, S., 1929, 1, 174 ; Paris, 30 juill. 1931, Rec. Hebd. S., 15 nov. 1931 ; Cass., 22 déc. 1930, Rec. Hebd. S., 25 janv. 1931 ; Toulouse, 11 mai 1931, S., 1932, 2, 49).

En quoi des conventions tendant à écarter, en France, l'application de la loi du 5 août 1914, pouvaient-elles être contraires à l'ordre public ? Certains arrêts reprennent l'explication donnée par l'arrêt de 1873, et font rentrer les lois monétaires dans les lois de police et de sûreté, les imposant à ce titre aux étrangers comme aux nationaux (Paris, 22 fév. 1924, S., 1924, 2, 43). D'autres arrêts, pour faire entrer les lois monétaires dans les lois d'ordre public, s'appuient sur le fait que ces lois ont pour objet de garantir aux billets, dans la circulation monétaire intérieure, leur pleine valeur de monnaie équivalente à l'or, et qu'une clause stipulant un paiement en monnaie étrangère ou en valeur or s'inspire d'un sentiment de défiance à l'égard de la monnaie nationale, et risque de nuire à l'activité économique et aux finances de la France (Cass., 17 mai 1927, et Toulouse, 11 mai 1931 précités).

La loi monétaire établissant le cours forcé serait donc d'ordre public parce qu'elle serait une mesure de salut public, fondée sur les considérations de l'économie, des finances, et de l'intérêt général. Et, comme telle, elle s'impose à tous, même aux étrangers.

Mais, si elle a une raison d'être aussi éminemment nationaliste, que faudra-t-il décider toutes les fois que la convention particulière, loin de nuire à notre économie générale, lui pro-

fite au contraire ? Ne faudra-t-il pas reconnaître la validité d'une telle clause (4) ?

Les tribunaux seraient ainsi conduits, par exemple, à annuler la clause qui aurait pour résultat une exportation d'or ou de livres sterlings, mais non celles qui en amèneraient l'importation.

Et c'est bien, en effet, la thèse qu'a affirmée un arrêt de la Chambre des Requêtes du 7 juin 1920 (S., 1920, 1, 193, note Lyon-Caen), dans l'hypothèse d'une indemnité d'assurance sur la vie, stipulée par un Français et payable en francs or, en France, par une compagnie américaine.

La Cour relève que la convention doit avoir pour résultat de faire rentrer en France la monnaie d'or. « Elle répond pleinement au but poursuivi par le législateur, l'ordre public, exclusivement fondé sur l'intérêt national, n'étant intéressé au cours forcé qu'en ce qui concerne les paiements effectués en France par des Français, et l'étranger, débiteur d'une monnaie déterminée par la convention ne pouvant réclamer le bénéfice en France du cours forcé » (Cass. req., 7 juin 1920 précité).

Cet arrêt, pourtant, a été fortement critiqué (V. notamment Esmein, note au S., 1927, 1, 289). On lui reproche une confusion sur la notion d'ordre public en droit international, notion intervenant ici pour faire échec à l'application des règles normales de conflits des lois. « Elle a pour effet d'écarter la loi normalement compétente : mais seulement la loi étrangère normalement compétente et parce que cette loi étrangère heurte violemment des principes jugés fondamentaux de

(4) Cf. un arrêt de Cass. req. 10 juin 1857 (D. P. 59, 1, 194) qui a déclaré valable une convention, usuraire d'après notre loi du 3 sept. 1807, quand elle a été passée à l'étranger, ou quand les fonds prêtés doivent être employés à l'étranger, c'est-à-dire quand elle est sans influence sur la situation économique de la France qui a déterminé chez nous la limitation du taux de l'intérêt. De même : Civ. 21 déc. 1874, D. P. 76, 1, 107 ; Req. 9 juin 1880, D. P. 81, 1, 217 ; Chambéry 19 fév. 1875, D. P. 76, 2, 236 ; Trib. civ. Seine 12 mai 1885, Journ. de dr. intern. privé 1885, p. 305. En ce sens : GUILLOUARD, *Traité du prêt*, n° 142, p. 178 et 179 ; FIORE, *Dr. intern. privé*, n° 262, p. 428-429 (traduction Pradier-Fodéré).

l'organisation juridique interne (V. Bartin, *Et. de dr. intern. privé*, p. 189). On n'imagine pas comment cette notion pourrait avoir l'effet d'écarter l'application d'une loi française — et spécialement d'une loi d'ordre public interne telle que celle du cours forcé » (Esmein, note précitée).

Je crois, au contraire, que l'arrêt de 1920 a été parfaitement logique, et que c'est la critique qui fait une confusion.

Il faut en effet distinguer deux situations :

1° Une convention de paiement avec clause-or, en France, entre deux Français. — Sur ce point, tous les tribunaux et les auteurs sont unanimes : une telle convention est nulle comme contraire à l'ordre public, car cela prouve et augmente à l'égard de la monnaie nationale une défiance qui aurait pour résultat de déprécier cette monnaie, et nuirait à l'économie générale du pays. — Ici, seule joue la règle de l'ordre public en droit interne, qui écarte un principe de droit naturel (la liberté des conventions) dans l'intérêt de la nation.

2° Une convention de paiement, en France, entre un Français et un étranger. — Ici, c'est la règle de l'ordre public « international » qui va jouer. Le principe qui va être battu en brèche, c'est le principe naturel qui est à la base de notre système de solutions de conflits des lois. C'est la loi du contrat de l'étranger, c'est-à-dire sa volonté même, qui va être écartée ; c'est sa propre personnalité qui va être niée. Pourquoi ? Pour que notre économie nationale ne soit pas atteinte (intérêt d'ordre public). Mais alors, toutes les fois que la convention ne portera pas atteinte à notre économie nationale, notre ordre public ne sera pas touché ; on n'aura pas à l'invoquer, et les solutions naturelles et justes de conflits des lois devront être appliquées. Il ne s'agit donc pas ici d'écarter l'application d'une loi française d'ordre public, mais seulement de laisser s'appliquer, en l'absence d'un intérêt d'ordre public contraire, le Droit des gens.

C'est pour cette même raison que, dès 1924, les tribunaux, voyant le danger qu'une telle rigueur faisait courir à notre

économie nationale en risquant de tarir tout commerce avec l'étranger, et considérant par ailleurs que les dangers attribués à la clause-or étaient minimes dans les rapports avec l'extérieur (V. Planiol et Ripert, *Traité*, t. VII, n° 1177), eurent une large tendance à valider cette clause dans les transactions internationales (Cass. civ., 23 janv. 1924, S., 1925, 2, 257, 2^e espèce ; Paris, 15 fév. 1924, S., 1924, 2, 44; Nogaro, *Rev. trim.* 1925, p. 22 ; Capitant, note D., 1928, 1, 25; Savatier, note D., 1926, 2, 105; Hubert, note S. 1928, 1, 161; Picard, *La clause de paiement-or et les règlements extérieurs*, Clunet 1927, p. 34; Fréjaville, note D. 1929, 2, 73).

Au delà des frontières, la clause-or ne porte plus ombrage à l'ordre public ; la loi naturelle du contrat reprend dès lors son empire (Paris, 15 fév. 1924 précité). C'est ce qu'a reconnu implicitement la loi de stabilisation du 25 juin 1928, en validant la clause-or dans toutes les transactions internationales conclues même antérieurement au 25 juin 1928.

Mais la loi de stabilisation, en supprimant le problème en ce qui concerne les conventions internationales, en a créé un autre en ce qui concerne les contrats internes.

Nous sommes en effet revenus aujourd'hui dans une période normale de cours légal, et la validité des clauses de paiement en or ou en monnaie étrangère, conclues en régime normal, ne saurait être douteuse (V. les auteurs cités dans la note précitée de Hubert ; *adde* : Planiol et Ripert. *Tr. élém. de dr. civ.*, 11^e éd., t. 2, p. 163, et les auteurs cités ; Capitant, *De l'effet de la suppression du cours forcé sur les clauses de paiement en or ou en monnaie étrangère*, D. H. 1928, n° 26, p. 53 ; Achille Mestre, note précitée). L'application intégrale de l'article 143 du Code de commerce a donc repris tout son empire.

Mais quel sera le sort des clauses de ce genre antérieures à la loi de 1928, et conclues, soit pendant la période de cours forcé, soit même avant le 2 août 1914 ?

« La nullité d'ordre public dérivant du cours forcé, déclara-

rent Planiol et Ripert (Traité, t. 7, p. 517), est temporaire comme lui ; elle n'est pas commandée par les principes permanents du droit, mais par les circonstances d'une période. Celle-ci ayant pris fin, l'obstacle à l'observation des clauses disparaît ; elles étaient paralysées beaucoup plutôt qu'annulées, par le cours forcé ». Cette solution ne semble pas douteuse en ce qui concerne les clauses-or contenues dans des contrats antérieurs au 2 août 1914 et ramenées à exécution depuis le vote de la loi de stabilisation. Ces clauses sont valables et obligatoires en l'absence du cours forcé, et après son abrogation (Civ., 11 fév. 1873, D. 1873, 1, 177, S. 1873, 1, 97, note Labbé ; Paris, 18 nov. 1926, *Gaz. Pal.* 1927, 1, 82 ; Bordeaux 14 mars 1927, *ibid.* 1927, 1, 749 ; Nîmes, 9 janv. 1928, *ibid.* 1928, 1, 713 ; *adde* : Capitant, note au D. 1928, 1, 25 ; Hubrecht, La dépréciation monétaire et la stabilisation, leurs effets sur l'exécution des obligations, thèse Strasbourg, p. 401 ; Jèze, La monnaie de paiement dans les contrats entre particuliers et dans les emprunts publics d'Etat, *Rev. de Science et de législ. financ.*, 1924, p. 82 ; Hubert, note au S. 1928, 1, 164 ; A. Mestre, note S. 1932, 2, 49 ; *Contra* : Marin, La loi monétaire et les contrats en francs-or et monnaies étrangères, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1928, p. 853 et s. ; Solus, La stabilisation du franc et les clauses de paiement en or, *Journ. des notaires*, 1928, p. 785 et s. ; Capitant, *Chron. au D. H.* 1928, n. 26, et 1929, n. 3).

Mais, faut-il décider, avec Planiol et Ripert (Traité, *op. et loc. cit.*), que la clause insérée dans les contrats d'ordre interne conclus en temps de cours forcé, est inefficace à son origine mais non annulée ? Cette solution me semble s'imposer. Pourtant, la loi du 25 juin 1928 ne permet pas de douter que la nullité des clauses-or persiste après cette loi pour les effets des contrats qui lui sont antérieurs (V. Toulouse, 11 mai 1931, D. 1931, 2, 81, note Jean Loup). Il est vrai qu'ici, ce n'est pas à la notion d'ordre public qu'on fait appel, mais surtout à celle de fraude à la loi (Paniol et Ripert, *op. cit.*, p. 162 ; Hubert, note précitée ; Ach. Mestre, note précitée).

Il reste évidemment, par dessus toutes ces questions, un problème à résoudre : celui des qualifications (V. sur les conflits de qualification : de Lapradelle et Niboyet, *op. cit.*, V^o Qualification, n. 11 et s., et les références). Ce problème, qui s'était déjà posé aux tribunaux avant la loi de 1928, se pose encore à eux de la même façon depuis cette loi qui ne donne du contrat international aucune définition. La qualification sera donc fixée par la *lex fori*.

Suivant que les tribunaux qualifieront ou non une convention de « contrat international », ils la feront ou non bénéficier des dispositions de la loi du 25 juin 1928 concernant les transactions d'ordre international. C'est ainsi que, sans aucune systématisation, certaines conventions comportant la clause-or ont été qualifiées par la jurisprudence de : contrat international, et comme telles validées (Cass. civ., 8 juill. 1931, Rec. Hebd., S. 8 nov. 1931 ; Cass. civ., 17 nov. 1931, S. 1932, 1, 23, note et renvois, *Gaz. Pal.* 1932, 1, 103 ; Cass. civ., 2 mai 1932, S. 1932, 1, 283 ; Trib. com. Seine, 13 avril 1931, *La Loi*, 26 avril 1932 ; Besançon, 30 déc. 1931, *Gaz. Pal.*, 1932, 1, 656, sous-note b), alors que d'autres ont été déclarées : règlements internes, et en conséquence annulées (Cass. req., 27 mars 1929, S. 1929, 1, 174 ; Cass. civ., 30 juin 1931, S. 1931, 1, 348, rendu après délibération en chambre du conseil, et la note ; Cass. req., 12 avril 1932, S. 1932, 1, 188 ; Cass. civ., 1^{er} août 1932, S. 1932, 1, 352; *adde* : Toulouse, 11 mai 1931, précité, et Paris, 30 juill. 1931, Rec. Hebd. S., n. 39, 15 nov. 1931).

Et ce ne sont pas des motifs juridiques, mais surtout les exigences de l'ordre public, qui guident la plupart du temps les juges pour décider de la qualification.

Après avoir ainsi examiné des cas différents et variés où notre jurisprudence a abrité ses décisions derrière l'ordre public international, nous sommes amenés à une double conclusion :

1° En droit international privé, le droit qui s'impose d'après la Loi naturelle est le Droit des gens. Mais ce Droit naturel est jugé inapplicable toutes les fois que son application risquerait de blesser l'ordre public.

On peut remarquer ici que la jurisprudence a deux moyens à sa disposition pour repousser le Droit des gens au nom de l'ordre public : un moyen direct, et un moyen indirect. En effet, ou bien elle déclare franchement : telle disposition d'une loi étrangère est contraire à l'ordre public et ne peut s'appliquer à tel moment donné en France ; ou bien, par un moyen détourné, par exemple celui des qualifications, ou celui de l'intention présumée des parties, elle repousse la loi étrangère qui menace l'ordre public, mais sans se référer expressément aux exigences de cet ordre public, en semblant même, au contraire, hypocritement parfois, se mettre au service du Droit des gens lui-même.

C'est ainsi que, par exemple, suivant que l'on qualifiera une loi étrangère de « loi successorale » ou de « loi relative à la validité d'une adoption » (Cass. req., 21 avril 1931 précitée) ⁽⁵⁾, ou bien on l'écartera automatiquement, parce que l'on a décidé une fois pour toutes qu'en matière immobilière, l'ordre public exigeait qu'on appliquât la loi territoriale, ou bien l'on sera obligé, comme en matière contractuelle, de rechercher si, dans l'espèce, l'ordre public est ou non blessé.

Et lorsque le tribunal recherche, au nom du Droit des gens, l'intention présumée des parties, la volonté qu'il leur suppose est souvent celle qu'il lui plaît de leur prêter, pour des raisons d'ordre public (Cf. Niboyet, Man. de dr. intern. pr., 2^e éd., n. 694 et s. ; Cours à l'Académie de La Haye, Rec. des cours, 1927, t. 1, p. 37 et s. ; *adde* : Niboyet, Rép. de dr. intern., V^o Autonomie de la volonté, n. 70 et s.).

(5) Cf. Trib. civ. Seine 24 avril 1931 (*Chron. Hebd. du Rec. S.* 21 juin 1931), qui décide que les mesures prises en matière d'absence au sujet des immeubles de l'absent étranger situés en France, ne sont pas des règles concernant les immeubles, mais une question d'état des personnes, et, comme telles, ne sont pas d'ordre public international.

2° Cet ordre public, ce principe supérieur, au nom ou tout au moins en raison duquel on refuse d'appliquer le droit naturel, est composé de préoccupations d'ordre exclusivement national; il a pour but une bonne organisation du pays, la stabilité des assises mêmes de la nation, le fonctionnement harmonieux de cette nation, sa défense et son développement, une économie générale prospère, l'affirmation d'une philosophie juridique nationale.

Ainsi, en rassemblant tous les matériaux qui m'ont servi dans cette étude de l'ordre public, j'en arrive à cette conclusion que « les mêmes éléments se trouvent généralement à la base des deux ordres publics : développement normal et sécurité de l'Etat, principes supérieurs de sociabilité, règles impérativement imposées par la morale ou la religion. Ces bases communes aboutissent également à des résultats analogues se manifestant comme rigueurs exceptionnelles dans l'application de certains principes » (Brocher, Cours de Droit intern. privé, t. 1).

Les divers éléments qui composent l'ordre public ont une base *nationale*.

Les principes dont l'ordre public a pour but d'empêcher l'application sont les principes de ce que nous appelons l'ordre naturel.

Certes, l'ordre public interne et l'ordre public international ne se recouvrent pas toujours. Telle loi peut sembler au juge d'une importance essentielle dans les rapports de la nation avec les autres nations, alors que son application aux nationaux ne pose aucune question de principe (par exemple la loi qui défend de planter des arbres à l'extrême limite des héritages, ou la loi qui défend d'ouvrir des vues dans un mur joignant immédiatement le fonds voisin). En ce cas, dans les rapports internationaux, le juge rejettera la loi étrangère pour sauvegarder l'intégrité et l'autonomie nationales :

dans les rapports internes, l'existence de la nation n'étant plus en jeu, le juge laissera s'exprimer la volonté des parties.

A l'inverse, certaines lois sont d'un intérêt vital à l'intérieur du pays, dans leur application aux nationaux (ex. les règles sur l'organisation de la famille), alors qu'il importe peu au pays que ces lois s'appliquent ou non aux étrangers.

Mais, en allant au fond des choses, nous sommes toujours ramenés à la même formule : l'ordre public (interne ou international) intervient *pour s'opposer, au nom de la Nation, à l'application d'un principe d'ordre naturel.*

TROISIÈME PARTIE

Etude interne

L'esprit des textes

CHAPITRE PREMIER

Ordre naturel

L'ordre public s'oppose à l'ordre naturel. Avant de parvenir à une définition, si vague soit-elle, de l'ordre public, il conviendrait peut-être de savoir ce qu'est au juste l'ordre naturel, ou, sinon le savoir, du moins chercher ce qu'il est, dans les esprits des penseurs, au cours des âges.

SECTION I

Caractères de la loi naturelle

§ I. — CONCEPTION INDIVIDUALISTE

Dès l'antiquité apparaît la notion d'une Loi naturelle qui s'impose aux consciences. « De par nature, une force innée a fait pénétrer en nous certaines notions comme la religion, la *pietas*, la *vindicatio*, le respect, la vérité. » (Cicéron, *De inventione*, 2, 53, 161). La loi naturelle est donc la notion innée que nous avons du juste et du bien ; c'est une loi immuable et éternelle. « Il est une loi vraie, droite raison, conforme à la nature, diffuse en tous, constante, éternelle, qui appelle à ce que nous devons faire en l'ordonnant et qui détourne du mal qu'elle défend... Elle n'est pas différente à Rome et à Athènes ; elle n'est pas autre aujourd'hui que demain ; mais loi une et éternelle et immuable, elle sera pour

toutes nations, et de tout temps » (Cicéron, *De re publica*, 3, 22, 33, édit. Ziegler).

La Loi naturelle est donc une notion antérieure et extérieure à l'homme, universelle et éternelle, et qui nécessairement s'impose à tous.

A cet enseignement, pourtant, s'oppose la leçon d'Epicure, selon qui le droit de nature repose sur la convention d'utilité de ne pas se nuire mutuellement, d'où il résulte que, pour les animaux qui ne peuvent pas former de convention de ce genre, ni s'engager à ne pas se nuire réciproquement, il n'est pas de droit, il n'y a ni juste ni injuste ; et il en est de même pour les nations qui n'ont pas pu ou pas voulu s'engager par un pacte à ne pas se nuire réciproquement (Diogène-Laërce, X, 150, 33, édit. Cobet-Didot, p. 287). Horace dit de même (Satires, I, 3, 114) que la nature apprend à distinguer l'utile et le nuisible ; c'est parce que certains actes étaient nuisibles qu'on les a dit injustes, et c'est pour en prévenir le retour qu'on a institué des droits. Et ne trouve-t-on pas aussi, dans l'Ancien Testament, que la sagesse enseigne la tempérance et la prudence, la justice et la force, choses qui sont les plus utiles à l'homme dans la vie ? (Livre de la Sagesse, VIII, 7) ⁽¹⁾.

On voit donc, et dès les temps les plus reculés, se faire, sous le nom de loi naturelle, une confusion, d'une part entre la morale et le droit naturel, d'autre part entre le juste et l'utile. Mais, ce qui est admis par tous, c'est que la loi naturelle, fondement du droit, a pour objet et pour raison d'être *l'individu*. La justice, c'est la science d'attribuer à chacun ce qui lui est dû. L'utile, c'est ce qui est indispensable à l'homme et à sa vie ⁽²⁾. La loi positive a pour mission de rendre appli-

(1) Ces quatre vertus forment ce que CICÉRON appelait *l'honestum*. (*De officiis*, I, 5, 15).

(2) V. le *Jus naturale et jus gentium* de SAVIGNY, et l'ouvrage de VOIGT : *Jus naturale, æquum et bonum et jus gentium des Romains*, Leipzig, 2 vol. — V. aussi les remarques de THOMASSIN sur le *Décret de Gratien*.

cable le droit naturel et de l'appliquer, sous réserve de l'*utilitas communis* : l'ordre public.

Plus tard, les canonistes fondèrent également le droit sur une loi naturelle extérieure à l'homme, et dont l'homme apporte en naissant la notion. « Lorsque les gentils qui n'ont point la loi accomplissent naturellement ce qui est de la loi... ils montrent que le fond de la loi est gravé dans leurs cœurs, par le témoignage que leur rend leur conscience... » (Rom. II, 13); idée reprise et commentée par Gratien et par tous les canonistes. Cette loi naturelle non définie, immanente à tout le droit, est une notion éternelle de Justice et de Bien. Elle ordonne à chacun « de faire aux autres ce qu'il veut qu'on lui fasse, et défend de leur faire ce qu'il ne veut pas qu'on lui fasse à lui-même » (Gratien). « Les lois divines, poursuit Gratien, sont données par la nature, les lois humaines par les lois : celles-ci sont variables, parce que ce qui plaît à une nation ne plaît pas à une autre. » Les lois divines ou lois naturelles sont donc éternelles et universelles ; elles ont pour objet et but suprême *l'homme*.

Les juristes de l'Ancien Droit affirment tous, eux aussi, comme un postulat, l'existence d'une loi naturelle qui s'impose à tous les hommes. Domat, cependant, bien qu'il fonde la connaissance des règles naturelles sur la raison qui est par essence universelle (Domat, op. cit., Tr. des Loix, ch. IX, 4 et 5), bien qu'il déclare immuable (ch. XI, 1) et commune à tous les hommes la loi naturelle (ch. I, 7), hésite cependant quant au contenu de cette loi, et admet, sur un point particulier tout au moins, qu'« on n'a pas partout la même idée du droit naturel » (ch. XI, 31). Précurseur ici comme sur bien d'autres points, Domat a donc entrevu la non identité du droit naturel et de la Loi naturelle.

Quoi qu'il en soit, tous les juristes s'accordaient pour professer l'existence d'une Loi antérieure à l'Etat et dont l'Etat est, non pas le créateur, mais le serviteur. Et cette Loi, gravée

par Dieu dans la conscience humaine, a pour objet la destinée terrestre et supra-terrestre de *l'homme*.

Avec Grotius, naît une métaphysique qui rejette Dieu. La théologie du passé avait abouti à l'immanence du Droit en Dieu, l'Ecole du Droit naturel aboutit à l'immanence du Droit dans l'Homme. L'homme apporte en naissant des droits, droits absolus, imprescriptibles, inaliénables, qui lui appartiennent en tant qu'homme. Métaphysique de l'absolu humain qui devait alimenter toute la philosophie du XVIII^e siècle, et dont notre Déclaration des Droits de l'homme et nos codes sont imprégnés.

L'homme naît portant en lui un ordre impérieux de Justice et de Bien, mélange de droits et de devoirs propres à l'homme, attachés à sa qualité d'homme. Notion de Loi naturelle gravée au cœur de l'homme et qui l'oblige ; notion si fortement gravée en nous qu'un Proust, qui est pourtant, entre les écrivains de ce temps, l'un des moins soucieux de morale, a pu écrire dans *La prisonnière* : « Tout se passe dans notre vie comme si nous y entrions avec le faix d'obligations contractées dans une vie antérieure ; il n'y a aucune raison dans nos conditions de vie sur cette terre pour que nous nous croyions obligés à faire le bien, à être délicats... Toutes ces obligations qui n'ont pas leur sanction dans la vie présente semblent appartenir à un monde différent, fondé sur la bonté, le scrupule, le sacrifice, un monde entièrement différent de celui-ci, et dont nous sortons pour naître à cette terre, avant peut-être d'y retourner revivre sous l'empire de ces lois inconnues auxquelles nous avons obéi parce que nous en portions l'enseignement en nous, sans savoir qui les avait tracées. » Et Mauriac affirme plus fortement encore : « Le bien n'est pas une notion, un concept, il fait partie de nous-mêmes, il entre dans la composition de ce monde intérieur que nous voulons organiser... » (Trois récits).

La Loi naturelle, devenue intérieure à l'homme, a toujours pour objet et pour but suprême : *l'homme*.

Fidèle à la tradition antique et canonique, la France a jusqu'ici vécu avec l'idée d'une Loi Naturelle comportant les droits et les devoirs de l'homme, la Justice et le Bien, avec l'idée d'un ordre juridique ayant à sa base le Droit naturel, c'est-à-dire l'ensemble des droits absolus et imprescriptibles de l'individu. L'harmonie sociale sera réalisée quand tous ces droits individuels pourront s'épanouir ; la loi positive n'a d'autre mission que d'assurer leur paisible coexistence, sous réserve, toujours, de l'ordre public.

§ II. — CONCEPTION COLLECTIVISTE

Mais, avec Savigny, naissait outre-Rhin une autre métaphysique, et l'idée d'un ordre juridique tout différent, ayant à sa base non plus l'individu, mais le « *Volksgeist* ». C'est ce génie populaire, cette conscience collective, qui est l'organe créateur du Droit. Le Droit n'est plus immanent à l'homme. Il se forme sous la poussée de forces collectives (besoins, sentiments, aspirations) dont le législateur, le magistrat, le juriste, ne doivent et ne peuvent être que les interprètes. Ils ne sont plus aux écoutes d'une raison éternelle et universelle, ils sont aux écoutes d'un droit qui se crée.

Mais ce collectif vague, ainsi personnifié et doté d'une âme propre, se précise peu à peu et s'enferme dans des cadres définis : ou bien il s'immobilise et s'identifie avec l'Etat, ou bien il se ramifie, devient souple et multiple, sous la forme de groupements professionnels. On arrive ainsi à deux doctrines qui vont s'opposer à l'individualisme professé en France : un Etatisme, et un Syndicalisme ou Corporatisme.

A. — Dans la première de ces doctrines, on arrive à séparer, et Kelsen l'a érigé en système (Recueil des Cours, Académie de droit international, 1926, t. IV, p. 233 et ss. ; et Observations sur les idées du Professeur Kelsen, par J. Maury, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1929, p. 537), la Loi Naturelle de la Loi juridique. L'impératif moral

sera catégorique et autonome, car la volonté raisonnable ne peut recevoir sa loi du dehors; l'être raisonnable est soumis à des lois dont il est lui-même, en tant que personne intelligible, l'auteur, et ces lois sont universelles parce que des volontés pures, affranchies de tout lien empirique, ne peuvent contenir aucun élément de diversité (Lachelier, Introduction à : Fondements de la Métaphysique des mœurs, Paris, librairie Hachette, p. XVI, XVII). La règle juridique, au contraire, est un impératif hypothétique et hétéronome. Elle n'est plus le reflet d'une justice éternelle; elle exprime la nécessité normative (Kelsen, Das Sollen der Zurechnung, p. 243). L'ordre juridique devient l'ordre « étatique » reposant sur la Constitution, norme première dont toutes les autres dérivent, non pas logiquement, par interprétation, mais dynamiquement, par successives délégations. C'est la « dynamique du Droit » (Kelsen). Par exemple, si le contrat oblige les parties, c'est uniquement parce que la loi, l'article 1134 du Code civil français, l'article 1255 du Code civil espagnol, etc., ordonnent de respecter, d'exécuter les contrats.

Cela ne signifie peut-être pas qu'il n'existe pas de « *jus naturae* ». Mais ce dernier est métajuridique. Il se compose de principes éthiques et de postulats politiques (Kunz, La primauté du Droit des gens, Revue de Droit international et de législation comparée, 1925, p. 556 à 591). La fonction du juriste est de dire le droit, non le juste qui est notion morale, ou le politique (Kunz, op. cit., p. 561 et 562). Dans la session d'octobre 1928 de l'Institut de Droit public, Kelsen a dit, plus dédaigneusement : « Il n'y a pas de droit naturel, mais des théories de droit naturel. Certains pensent que la liberté est le but de l'Etat. Les socialistes croient que la liberté n'existe que pour la bourgeoisie. Qui départagera ces thèses contraires ? La paix n'est pas la justice. Le droit naturel n'est qu'un masque derrière lequel se dissimulent les intérêts. » (Rev. de Dr. pub., 1928, p. 782).

De la négation du droit naturel, Kelsen déduit naturelle-

ment celle des droits individuels, des « soi-disant » droits individuels. Il ne s'agit pas là de droits au sens exact du mot : quand on dit, en effet, que des individus sont libres de penser, de s'associer, de se réunir, on exprime tout simplement l'idée que, sur ces points, il n'y a pas d'obligation, qu'en ces matières il n'y a pas de droit. La vraie formule est : « l'individu est libre de faire tout acte dont le contraire ne fait pas l'objet d'une obligation juridique », libre de penser comme il l'est, par exemple, de respirer. La notion de droits de l'individu opposables à l'Etat, inaliénables, sacrés, est une notion politique (Kunz, *op. cit.*, p. 565). Ce qui est vrai, ce qui a une portée juridique, c'est que la Constitution peut consacrer les libertés, les droits individuels, les intégrer ainsi dans l'ordre juridique, les imposer au respect du législateur. Mais, même ainsi compris, ces droits ne sont pas des facultés de personnes juridiques indépendantes et autonomes, individus, corporations, associations. D'après Kelsen, il n'y a pas de sujets de droits, distincts de l'ordre juridique. Le sujet de droit n'est que la « personnification totale ou partielle » de cet ordre (Kelsen, *Rec. Ac.*, p. 244). Et l'Etat, personne morale, n'est que la personnification de l'ordre juridique tout entier. Etat et Droit se confondent (cf. la Constitution fasciste et le Droit hitlérien).

C'est la négation totale des droits de l'homme en tant qu'homme. L'*individu* n'apporte aucun droit en naissant. Il n'est pas sujet de droit. Seule, la *personne*, création de la loi, c'est-à-dire l'individu ou le groupe d'individus considéré comme une entité juridique, s'intégrant à l'Etat, a des droits, ceux-là mêmes que l'Etat a attachés à la qualité de personne. Droit essentiellement objectif (3).

B. — Une autre théorie, et qui prend de plus en plus d'ac-

(3) V. les déclarations faites par M. FRICK, ministre de l'Intérieur en Allemagne, à l'Académie du Droit fondée le 3 oct. 1933 à Leipzig, à l'occasion du Congrès des Juristes. Le nouveau « droit allemand » est la négation des droits de l'individu.

tualité, consiste à prendre comme centre du droit non pas l'individu, non pas l'Etat, mais les collectivités professionnelles. Ce seront elles qui seront génératrices du droit, qui auront l'autonomie. L'individu ne sera que par elles, n'aura de droits qu'en tant que membre de ces groupements. L'Etat a pour devoir de consacrer par sa loi positive la loi naturelle de ces groupements.

C'est ainsi que la Constitution de Weimar du 11 août 1919 a sa Déclaration des droits collectifs. Elle a son chapitre de droits économiques destiné à assurer, non pas la protection individuelle, mais la stabilité des conquêtes réalisées par les organisations ouvrières. C'est par le développement du droit du travail qu'on peut le mieux mesurer le développement du mouvement collectif qui se généralise en Europe, en opposition nette avec l'individualisme.

Tout le xix^e siècle avait vécu sur le principe de la libre concurrence, principe rattaché aux lois naturelles. Ce principe comprenait : liberté de travail et liberté de contrat. Mais, au cours du xix^e siècle, le développement de l'industrie a fait naître une transformation dans l'organisation économique, pour parer aux dangers de la libre concurrence. A côté des droits individuels et des libertés individuelles, sont apparus des droits collectifs, nés d'un travail d'association de plus en plus large et de la perception de plus en plus nette des intérêts communs qui unissent les gens participant à l'activité économique d'une même branche d'industrie ou de commerce. Ces droits collectifs s'intercalent entre les droits de l'individu et ceux de l'Etat (4). Tous les pays ont été obligés de les admettre.

(4) Cf. l'exposé des motifs de la *Loi Le Chapelier* des 14-17 juin 1791 : « Il ne doit pas être permis aux citoyens de certaines professions de s'assembler pour leurs prétendus intérêts communs. Il n'y a plus de corporations dans l'Etat, il n'y a plus que l'intérêt particulier de chaque individu et l'intérêt général. Il n'est permis à personne d'inspirer aux citoyens un intérêt intermédiaire, de les séparer de la chose publique par un intérêt de corporation. »

La législation anglaise, après avoir énergiquement lutté contre la jurisprudence, a fini par aller dans le même sens qu'elle et a consacré les droits des trade-unions.

La législation française, d'abord hostile elle aussi au mouvement ouvrier (loi de 1872), toléra puis finit par reconnaître les organisations syndicales (loi organique du 21 mars 1884 amendée en 1920). En 1899, un projet de Waldeck-Rousseau semblait pressentir la réforme corporative de Mussolini, proposant d'étendre grandement la capacité des syndicats.

En Allemagne, l'Ordonnance du 23 avril 1918 avait déjà créé les Conseils d'entreprise, qui formaient la base de toute une politique économique d'Empire corporatiste. Aujourd'hui, la nouvelle organisation sociale fait des groupements d'entrepreneurs, d'employés, d'ouvriers, les « piliers de l'activité économique » (die Leistungsträger) ; et, par l'établissement de groupements autonomes de plus en plus vastes (sous-groupements, groupements, corporations, unions de corporations), éliminant « l'émiettement économique perturbateur du système syndical », veut réaliser l'intégration complète des corporations à l'Etat (Suite à la Dépêche 1117/33 du Ministre du Travail, précitée, § 3, 4, 5, 6). Utilisant les cartels, les syndicats et les autres organismes du même genre qui existaient, en en créant de nouveaux, le gouvernement s'est efforcé d'unifier et d'étatiser l'économie allemande (L'économie allemande en 1933, Supplément au Bulletin quotidien de la Société d'études et d'informations économiques, 5 février 1934).

Dans l'organisation soviétique, le syndicat fait partie intégrante de l'Etat ; il figure dans les conseils de chaque usine, dans les commissions de salaire. Les articles 7 et suivants du Code du travail lui donnent le droit de fixer les conditions du travail. Les syndicats jouent un rôle politique ; ils ont des délégués dans le Gouvernement et les conseils ; ils sont obligatoires. Mais, en pratique, le système a mal fonctionné. Lénine et Trotsky, puis Staline, paraissant redouter l'esprit d'in-

dépendance des ouvriers, ont supprimé peu à peu le contrôle ouvrier et même la participation aux bénéfices.

C'est en Italie que le système semble être arrivé à sa réalisation la plus complète. L'esprit de la loi du 3 avril 1926 a été de faire des syndicats professionnels les piliers de l'organisation fasciste, et de donner satisfaction (apparente tout au moins) aux vues les plus hardies des organisations syndicales, en ce qui concerne leur participation dans l'élaboration du droit du travail.

Ainsi, partout naissent et se développent, comme une conséquence nécessaire de l'industrialisme, des associations professionnelles qui groupent toutes les catégories de travailleurs, et dont la volonté finit par se substituer à celle des individus. Les individus dont l'agglomération forme le groupe perdent leur autonomie, leur liberté, leur droits individuels, mais pour se retrouver plus puissants par l'entremise du groupe. De leurs droits naturels, absolus, il ne reste pas grand'chose : seule, la liberté d'adhérer ou non à ce groupe qui les absorbe, et cette liberté même leur est enlevée dans les pays où le syndicat est obligatoire. « La liberté est un bien si précieux, dit le Professeur Bortolotto (Cours Universitaires de Davos, 1931), que, pour la conserver, il faut y renoncer. » Encore faut-il qu'on vous laisse la faculté d'y renoncer...

Le mouvement syndical s'est généralisé partout, malgré la résistance parfois très vive des gouvernements. La loi ne peut pas empêcher ce mouvement, parce qu'elle ne peut empêcher l'évolution économique qui le porte en elle. Elle a donc fini partout par reconnaître l'existence de ces groupes, et par consacrer les droits collectifs. Mais, là encore, se manifeste la même opposition que pour les droits individuels. Certains pays reconnaissent l'existence et consacrent les droits collectifs des groupements qui restent libres et autonomes : c'est un syndicalisme *particulariste*. D'autres (Russie soviétique, Italie fasciste, Allemagne hitlérienne), créent ces groupements qui naissent partie intégrante de l'Etat. Tels les dons

que vous n'apportiez pas en naissant, mais qu'une bonne fée est venue déposer, du bout de sa baguette, sur votre berceau d'enfant... Ceci est un syndicalisme étatiste, ou, pour reprendre la terminologie employée à propos des droits individuels, un syndicalisme *personnaliste*. Car la personne morale, tout comme la personne humaine, peut être considérée soit comme un tout vivant, soit comme une création artificielle de la loi. En effet :

1° On peut considérer, d'une part, qu'une communauté sociale dans laquelle aucun groupement ne viendrait s'interposer entre l'individu et l'Etat ne se conçoit pas. « Une telle société ne serait pas viable ; elle représenterait une poussière d'individus » (Josserand, *op. cit.*, t. 1, p. 354). Or, continue M. Josserand, « c'est la famille qui, par une première synthèse non pas artificielle, mais naturelle et bienfaisante, vient préparer la synthèse plus vaste que réalise le concept de la nation ; elle est un élément de cohésion, une condition de l'équilibre social... Aussi comprend-on que les législateurs des différents siècles et des différents pays se soient intéressés de très près au sort de la famille ; ils se sont préoccupés, non de la régenter arbitrairement — en pareille matière les mœurs sont souvent plus fortes que les lois — mais de la protéger, de la conditionner, d'en tirer le meilleur rendement social possible ». Ainsi, la famille, groupe naturel par lui-même, est devenue, pour l'utilité nationale, une institution d'ordre public. De même l'homme, né avec des droits naturels, a vu ces droits bridés et réglementés dans l'intérêt public. Mais la famille a évolué. « Après avoir été dominée par le principe d'autorité, donc d'inégalité, elle se réclame des idées modernes d'égalité, de libre arbitre, de liberté individuelle » (L. Josserand, *op. cit.*, t. 1, p. 355). C'est aux dépens de l'organisation familiale que se sont créés et développés simultanément la puissance de l'Etat et le droit des individus. Et voilà que la famille se désagrège de plus en plus. Elle ne semble plus pouvoir jouer son rôle de pivot dans l'équilibre

social. Un autre groupement, non pas arbitraire mais naturel lui aussi, plus fort que les lois desquelles il a triomphé, vient remplir le rôle que la famille ne joue plus ⁽⁵⁾. Et, à son tour, ce groupement naturel va être réglementé, conditionné, par des lois d'ordre public, pour qu'on en tire le meilleur rendement social.

Si l'on accepte cette idée, le groupement professionnel devient une personne morale de droit naturel, non pas créée par la volonté d'un Etat ou des individus groupés, mais par une loi inéluctable comme le destin lui-même ; le droit syndical devient la reconnaissance d'un véritable droit naturel. L'Etat a le devoir de reconnaître législativement les droits naturels de ces groupements naturels, — sous réserve bien entendu de l'ordre public (V. compte rendu de la Conférence Internationale du Travail, dixième session, sur la liberté syndicale).

2° On peut, d'autre part, considérer la personnalité comme une construction légale, une création arbitraire de la loi : les droits de la personne morale seront alors ceux que l'Etat aura attachés à cette construction.

Dans les deux systèmes, le syndicalisme s'oppose à l'individualisme, soit que le groupement tende à se substituer comme sujet de droit, sur le plan naturel, à l'homme qu'il absorbe, soit qu'il le remplace comme objet de droit sur le plan étatique.

Dans le premier cas, en tant qu'il diminue ou même supprime les droits individuels, il est contraire au droit naturel traditionnel qui prend l'homme pour base ; mais en tant qu'il est la reconnaissance d'un droit naturel évolué : le droit syndical, en tant qu'il considère encore l'homme comme la fin ultime du Droit ⁽⁶⁾, il reste encore dans la tradition d'un

(5) DOMAT ne reconnaissait-il pas déjà la destination naturelle de l'homme à la société par deux espèces d'engagements : la famille et les groupements professionnels ? (*Loix civiles*, Liv. prélim., Ch. II, 2.)

(6) Cf. *infra* : Ch. II, sect. II, § II, n° 3, A.

ordre juridique ayant à sa base le droit naturel qu'il a pour mission d'affirmer — sous réserve de l'ordre public.

Dans le deuxième cas, on n'admet pas de droit naturel, — ni individuel, ni collectif. Le droit a pour seule mission d'imposer la volonté de l'Etat. L'ordre public se confond avec le droit et s'identifie avec l'Etat.

§ III. — LE DROIT DES GENS

C'est à la même opposition entre un droit *individualiste* et un droit *personnaliste* qu'on peut rattacher l'opposition qui existe entre les deux grands systèmes de droit international privé, opposition qui porte sur le principe même du droit international privé. Suivant que l'on affirme l'éternité d'un droit naturel, application à l'homme d'un principe éternel de justice, ou seulement l'existence d'un droit étatique créant de toutes pièces des personnes juridiques, suivant que l'on reconnaît à l'homme des droits individuels imprescriptibles, attachés à sa qualité d'individu, ou qu'on ne considère en lui que sa personnalité sociale dans un Etat déterminé d'où il tient tous ses droits, le principe sera ou d'ouvrir ou de fermer les frontières à la loi étrangère.

Si l'on admet avec le Sage (Diogène Laërce, VII, 1, exposé de la doctrine Stoïcienne) qu'il est une loi commune, universelle, qui fixe d'une manière ordonnée les règles et données de vie appropriées à la nature de toutes les créatures, si l'on attribue au droit positif d'un Etat comme but premier et essentiel cette appropriation du Droit naturel à la nature des hommes régis par ce droit, on sera amené logiquement à affirmer que ces règles sont intangibles et sont l'apanage de l'individu, en quelque lieu qu'il soit. C'est ainsi que toutes les lois positives fondées sur le droit naturel, et qui définissent (au lieu de créer) la personnalité des nationaux d'un même pays, devront, en principe, les suivre quand ils s'en vont à l'étranger.

Au contraire, si l'individu considéré en lui-même n'a aucun droit, si la personne créée arbitrairement par l'État est seule objet de droits, lorsque cette personne s'en va à l'étranger, elle n'est plus rien, puisqu'elle se désintègre d'un tout qui lui conférait sa valeur. Donc, en principe, chaque pays est fermé à toute loi étrangère. S'il s'entr'ouvre, c'est par pure courtoisie, et il peut du jour au lendemain changer d'attitude à sa volonté.

On trouve des applications nombreuses de ces deux systèmes au cours de l'histoire du droit international privé.

Dans la Rome primitive, les étrangers n'avaient aucun droit ; on confondait sous la même appellation : « *hostes* », les ennemis et les barbares en paix avec Rome, et on cherchait la formule la plus absolue pour les écarter de la protection légale. « *Adversus hostem aeterna auctoritas esto* ». Longtemps, toute pénétration dans le système juridique romain leur sera refusée, ce système ayant à sa base la seule personne du citoyen romain. Mais, bientôt, apparut le *jus gentium*, qui n'est autre chose que la reconnaissance légale d'un droit naturel commun à tous les hommes. Puis, les Barbares passèrent, balayant toute la philosophie métaphysique et juridique des Romains (7). Et, dans la France féodale, les tribus s'étant fixées, la loi devint la loi du sol ; les *aubains*, comme dans la Rome primitive les *hostes*, n'avaient aucun droit.

Ce n'est qu'au xiv^e siècle, avec la reprise des relations commerciales et universitaires, que l'on se préoccupa de la co-pénétration des différents droits. Bartole, le premier, affirma l'existence d'une division qui devait jouer plus tard un rôle considérable : celle des statuts territoriaux, dont les effets ne s'étendent pas au delà du territoire du souverain qui les a établis, et des statuts extra-territoriaux, dont les effets vont au

(7) Le système de la personnalité des lois est né, non pas d'un désir de justice, mais d'une nécessité momentanée provenant de la diversité des civilisations en présence. C'est pour le même motif qu'aujourd'hui nous respectons le droit Kabyle.

delà de ce territoire (V. Surville, *Clunet*, 1921, p. 5). Malgré l'apparente puérilité du critérium adopté par l'Ecole italienne, chaque solution donnée était, en réalité, celle qui semblait le plus conforme à la raison et au sentiment de la justice. Revenant à la tradition antique fondée sur le droit naturel, les juristes cherchaient à donner, en principe, à chacun la loi qui convenait à sa nature. Quand le statut était l'application dans un pays donné d'un principe de droit naturel, c'était un statut « favorable », attaché à l'individu même hors de son pays ; si le statut apparaissait contraire à quelque principe de droit naturel, on le rejetait comme « odieux ». Il est vrai qu'à côté du principe de justice il y avait les nécessités du moment, et maint statut était qualifié de favorable parce qu'il était conforme aux intérêts du pays, tandis qu'on déclarait odieux un statut que l'Etat avait intérêt à ne pas appliquer. C'est ainsi que l'incapacité des filles dotées à succéder à leur père était en général trouvée favorable, bien que contraire au droit naturel, à cause d'une plus grande stabilité des biens ; la prohibition des donations entre époux était jugée tantôt favorable, tantôt défavorable, suivant que l'on considérait la liberté naturelle des conventions, ou l'harmonie du ménage base de l'Etat. Cependant, malgré l'opportunisme de ses applications, le principe était posé : il y a des statuts qui doivent suivre l'individu au nom de la justice, d'autres qui sont des mesures indépendantes de la Loi naturelle et qui s'arrêtent aux frontières.

Dumoulin donna une forme française à la théorie italienne, et, s'il ne formula pas de classification d'une manière doctrinale, il distingua deux sortes de statuts : les statuts personnels et les statuts réels ; les premiers, comme les statuts extra-territoriaux des Italiens, étaient attachés à l'individu, les derniers avaient une portée seulement territoriale. Serviteur du droit naturel, il veut qu'on respecte le plus possible la volonté des individus. Il va jusqu'à rechercher dans les contrats la loi à laquelle les parties ont voulu se soumettre ; c'est lui

qui est à l'origine de la fameuse théorie de l'autonomie de la volonté. Chez d'Argentré, la théorie française des statuts prit une allure plus systématique et réduisit le rôle de la volonté en exagérant celui de la loi. Avec lui, la théorie se transforma. Le principe devint : « toutes coutumes sont réelles » (Loy-sel), c'est-à-dire ont une portée territoriale ; elles sont souveraines et s'appliquent à tous les habitants. Appliquer sur un territoire une coutume étrangère serait commettre un empiètement sur le pouvoir exclusif du souverain de ce territoire ; c'est presque la conception féodale de la personne tenant du sol sa personnalité. Cependant, par exception, certaines lois sont personnelles, c'est-à-dire extraterritoriales, et suivent les individus même lorsqu'ils vont résider sur un autre territoire ; ce sont notamment les lois concernant l'état et la capacité des personnes. Cette exception est fondée sur une idée de justice : il serait injuste qu'un individu perdît son état et changeât de capacité suivant les pays où il va résider, qu'étant capable d'après sa coutume il fût considéré comme incapable sur le territoire d'une autre coutume. « C'est une idée de justice qui assigne au statut personnel sa place, sa place si réduite qu'elle soit lui revient de droit » (Bartin, Principes de Droit international privé, 1930, p. 140).

Cette doctrine, si elle ne trouva du temps de d'Argentré aucun écho en France, connut un grand succès dans les Pays-Bas où elle devint une doctrine plus exclusive, plus logique, aboutissant, sinon à des solutions concrètes très différentes, du moins à un complet renversement dans le principe même des solutions de conflits de lois : les statuts ont tous une portée territoriale, car le souverain est tout-puissant dans son Etat, mais sa puissance s'arrête aux frontières. Donc, plus d'affirmation d'un droit naturel, plus de principe de justice au nom duquel des droits s'attachent aux individus et les suivent. L'Etat seul est créateur de droits, et, créant des personnes fictives, ignore les individus. Cependant, l'Ecole hollandaise, affirmant la territorialité stricte de toutes les coutumes, n'était pas un retour à la primitive territorialité féodale,

absolue. Dans certains cas, un Etat peut accueillir un statut étranger par courtoisie, lorsqu'il n'y voit aucun inconvénient pour lui, et qu'au contraire il a intérêt à obtenir par là, pour ses nationaux à l'étranger, un traitement analogue. Mais ici, cette exception ne vient plus, comme chez d'Argentré, d'une idée de justice par rapport à l'individu ; c'est uniquement une idée d'utilité pour l'Etat souverain. Le Droit Naturel est battu. Le Droit Etatique le remplace. C'est cette doctrine qu'ont adoptée, sans la systématiser, les pays anglo-saxons. Westlake (Traité de Droit international privé, trad. Goulé, 1914) essaye bien de la rattacher à la doctrine traditionnelle française fondée sur le droit naturel, en affirmant que la *comitas gentium* n'est qu'une notion de justice internationale. Mais que faut-il entendre par là ? Que la *comitas gentium* tend à se modeler sur les exigences de la justice ? Que la justice internationale n'est au fond qu'une utilité nationale ?

La doctrine de Savigny, système puissant et simple qui devait donner une orientation nouvelle à tout le droit international privé, ruinait cette idée de souveraineté nationale absolue. Il met en relief, au contraire, l'idée d'une communauté internationale, communauté de droits entre les pays de civilisation équivalente. Il distingue les droits propres à l'individu, droits naturels qui s'attachent à lui, et les droits propres aux manifestations de son activité, droits légaux entre lesquels chaque rapport juridique doit être régi par la loi qui lui convient d'après sa nature. Cependant, Savigny fait une concession à la souveraineté territoriale : là où le principe de la communauté de droits eût conduit à l'application du droit étranger, un tribunal pourra appliquer le droit national, lorsqu'il s'agira de lois d'une nature spéciale, celles que Savigny appelle « rigoureusement obligatoires » (Savigny, Traité de Droit romain, t. VIII, p. 35, trad. Guenoux, 1851). Savigny pressent la théorie de l'ordre public.

Toute imprécise et théorique qu'elle fût, cette doctrine large et audacieuse allait servir de point d'appui à toutes les théories de la personnalité du droit.

L'Ecole italienne moderne prend le contre-pied exact de la doctrine hollandaise. Pour elle, le principe est la personnalité du droit. Car les lois reconnaissent des droits aux individus, en tenant compte des traditions, des mœurs, des besoins, du climat. Il est naturel que, faites pour l'individu, ces lois suivent l'individu partout où il va résider. Cependant, à ce principe, il y aura deux exceptions : l'une tirée de la règle de l'autonomie de la volonté (règle de droit naturel), et l'autre tirée de l'ordre public qui doit toujours l'emporter sur la loi personnelle.

Parmi les disciples de Mancini, certains fondent la compétence de la loi nationale sur une idée de justice par rapport aux individus ; d'autres (V. en particulier Weiss, Manuel de droit international privé, p. 367) enseignent que, la loi ayant pour but l'utilité des personnes, c'est la loi nationale qui est la plus appropriée aux intérêts et aux besoins de la personne. On revient ici à l'opposition antique entre le juste et l'utile, cependant la doctrine reste individualiste, puisqu'elle a avant tout pour objet : l'homme.

M. Pillet, tout en subissant profondément l'influence de l'école de Mancini, affirme la suprématie de la loi nationale en se plaçant, non plus du côté du droit naturel ou de l'intérêt privé engagé, mais du côté de l'intérêt de l'Etat (V. M. Bernard, Clunet, 1904, p. 769), l'Etat ayant plus qu'un autre qualité pour protéger ses sujets. M. Pillet classe les lois en deux catégories : les lois ayant pour but social la protection de l'individu, et celles ayant pour but social la garantie de l'ordre public. Les premières sont extra-territoriales, les deuxièmes territoriales. Cette doctrine donne au domaine de la loi nationale une extension considérable, fondée sur des considérations étatiques. Mais alors, on ne conçoit plus cette pénétration d'un droit étranger sur un territoire déterminé, non plus en vertu d'un principe de droit naturel, mais en vertu d'un commandement du Souverain de qui la loi émane. Ne serait-il pas préférable de dire, en s'inspirant de cette théo-

rie mais en la transformant : il est deux sortes de lois : 1° les lois qui sont l'application aux hommes d'un pays déterminé d'un principe de justice inclus dans le droit naturel ; 2° des lois qui émanent directement de l'Etat qui les dicte avec la seule préoccupation des intérêts de cet Etat. Les premières lois sont des lois qui s'adressent à l'homme en tant qu'individu social, être humain vivant en société ; elles le suivront à l'étranger en vertu d'un principe de droit naturel. Les autres lois s'adressent au citoyen, en tant que personne sociale, entité juridique, partie intégrante d'un tout qui est l'Etat ; ces lois ne valent que dans l'Etat où elles sont faites. Ainsi, nous revenons au point de départ : Tout droit positif *individualiste* sera fondé, en principe, sur l'idée de justice, sur l'existence d'un droit naturel individuel, et n'admettra les lois fondées sur l'intérêt de l'Etat que comme exception. Tout droit *personnaliste* sera fondé sur l'intérêt de l'Etat, sur l'existence d'un seul droit étatique.

De cette vue rapide des principales solutions de conflits de lois qui ont eu cours depuis que des relations entre Etats sont nées, on peut retenir ceci : Ou bien l'admission de la loi étrangère est le principe, en vertu d'une justice naturelle, et ce principe ne sera écarté que pour des raisons d'utilité nationale, c'est-à-dire d'ordre public. Ou bien le principe est de repousser toute loi étrangère, et ce principe sera écarté seulement pour des raisons d'utilité nationale et par une concession de l'Etat ; il n'est plus question ici ni de droit naturel qui ordonne ni d'ordre public qui refuse (8). Il n'y a plus qu'un droit étatique qui commande ou qui permet.

Ainsi, la Loi Naturelle est une notion essentiellement attachée à la qualité d'homme. Seuls, sans doute, la reconnaîtront les esprits qui considèrent l'homme comme une valeur en

(8) C'est la raison pour laquelle VAREILLE-SOMMIÈRES (*Synthèse du droit intern. privé*), affirmant comme un principe la souveraineté territoriale absolue, parle avec tant de mépris d'un ordre public qui ne trouve évidemment pas sa place dans une telle théorie.

soi et comme une fin en soi, la fin vers laquelle tend la nature. L'Ordre Public sera l'obstacle que l'Etat dressera contre cette Loi Naturelle qu'il est pourtant de son devoir à lui, Etat, d'appliquer. Pour les esprits qui considèrent l'homme comme une valeur uniquement sociale, partie intégrante d'un Etat dont il tire toute cette valeur, il n'est pas de Droit Naturel, non plus d'ailleurs que d'Ordre Public ; il n'y a que la Loi positive au service de l'Etat seul créateur de droits.

L'Ordre Public semble naître, en droit international comme en droit interne, du Droit Naturel contre qui il se dresse. Faut-il donc dire que, sans Droit Naturel, il n'est pas d'Ordre Public, de même que sans le bruit le silence ne serait pas, et comme sans le Mal ne serait pas le Bien ?

SECTION II

Fondement et contenu de la loi naturelle

§ I. — LE DROIT NATUREL

Cette Loi Naturelle dont les esprits latins sont imprégnés, quelle est-elle donc ? Un principe éternel de Justice et de Bien, dit-on. Mais comment se manifeste-t-elle, en pratique ? Le droit naturel était *familial* à Rome, primitivement. Ce n'est que par émiettement de la famille que l'on est arrivé au droit naturel *individuel*. La cellule du droit naturel primitif était la famille (représentée par le *pater familias*) ; la cellule du droit naturel classique est devenue l'individu. Demain, peut-être, le droit naturel sera *collectif* et la cellule en sera le groupement professionnel.

La Justice, ici ou là, en un temps ou un autre, ne se manifeste pas toujours de la même façon. Dans nos pays, on s'incline devant les vieillards et on leur donne la meilleure place ; aux îles Fidji, on les tue pour les honorer. « On ne voit rien

de juste ni d'injuste qui ne change de qualité en changeant de climat. Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence », a dit Pascal.

Si la notion de justice et de bien incluse dans la Loi Naturelle est essentiellement relative, quel est donc son fondement éternel ? Le trouverons-nous dans la Nature elle-même, qui, cependant, nous donne l'exemple de tous les crimes, de tous les vices, de toutes les inégalités ?

Reprenons l'étude des Anciens.

Ce qui est commun à tous les êtres animés, dit Cicéron (*De officiis*, 1, 4, 11) c'est ce désir qui porte les sexes à s'unir (*conjunctio*) pour procréer (*procreatio*), ainsi que les soins qu'ils prennent de leur progéniture ». Dans le même passage, Cicéron rappelait également que, « par nature, tout être animé est porté à veiller à sa propre conservation, à défendre sa vie et son corps, à éviter tout ce qui semble devoir lui nuire, et à se procurer tout ce qui est nécessaire pour vivre ».

C'est peut-être dans cette loi universelle, fondamentale, de la nature, qu'il faudrait chercher les assises de la Loi Naturelle.

C'est cette loi de nature à laquelle Homère fait allusion quand il parle de la force qui sollicite les chevaux en s'imposant à eux (*Iliade*, 6, V, 511).

Cette force, Platon la nommait Eros ; et ce que Freud décrit sous le nom de « libido » n'en diffère guère, dans son acception profonde. L'Eros platonicien peut, en effet, être défini (Mario Meunier) : « la volonté de vivre inconsciente, déterminée par le désir de la génération spirituelle ou corporelle... » Or, qu'est-ce que la libido, sinon « le principe même de la vie poursuivant ses fins à travers les individus... et appartenant entièrement à l'inconscient » ? (Docteur René Allendy, *La Psychanalyse*, p. 27 et 28).

La Loi Naturelle comprendrait à la fois et ces lois, ces données de procréation et de conservation de l'espèce, et ces données premières, ces données que la nature a mises dans

l'homme raisonnable pour produire des effets conformes à l'*aequum* et au *bonum* (Isidore de Séville, Etymolog., 5, cap. 4, 1, 2).

Il est une loi de vie qui domine tout l'univers. L'homme la subit comme tous les êtres. Mais, plus compliqué que les autres êtres, il est double : il a un corps, il a une âme. Il subira la Loi de vie dans son corps et dans son âme. Tout part donc d'une obligation intérieure à l'homme : l'homme doit et veut vivre d'une vie pleine et complète. Son droit naturel essentiel sera donc le droit de vivre. Les hommes naissent égaux en droits (ils ont tous le droit de vivre) et libres (la servitude et l'esclavage ne permettent pas l'épanouissement de la vie). Mais, pour vivre, il faut travailler : l'homme aura le droit de travailler. « Ainsi la loi du travail est également essentielle et à la nature de l'homme et à l'état où l'a mis sa chute » (Domat, Liv. prél., II, 2). S'il travaille, il doit pouvoir contracter librement et utiliser ou garder le résultat de son travail : d'où l'autonomie de la volonté et le droit de propriété, qui deviendront le pivot de tout le système. Si un individu perd un de ces droits nécessaires à sa vie corporelle, il a le sentiment d'une injustice, c'est-à-dire d'une diminution de vie. Le sentiment de justice sera le besoin de reprendre le développement naturel de la vie. Si le mal provient d'un autre individu, la justice sera réalisée par les autres individus du groupe qui puniront celui qui a violé un droit naturel, et redonneront à la victime une vie pleine et normale; ils défendent ainsi le principe immuable sur lequel sont basés les droits variables proclamés essentiels à la vie. Le principe de Justice est : rendez à César ce qui est à César, autrement dit : rendez à César ce sans quoi il serait un César diminué. Car, si vous ne voulez pas qu'on empiète sur vos droits, il ne faut pas empiéter sur ceux des autres.

Le droit naturel se double donc d'une obligation ; devoir fondé sur un impératif et hypothétique : ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'on te fit à toi-même. L'ensemble

de ces droits et de ces devoirs liés à la vie corporelle et à sa conservation fait partie de la Loi Naturelle.

Mais cette loi de vie de laquelle dérivent les droits naturels et le sentiment du juste, est-ce assez dire qu'elle commande de vivre ? Elle ordonne de vivre toujours *davantage*.

Caractéristique à cet égard est l'évolution des espèces. Toute la création est une série d'ébauches visant la réalisation de l'image directe du parfait, qui est l'Être par excellence (Cf. Ravaisson). D'embryonnaire, la vie traverse toutes les formes pour arriver à un être qui « soit » de plus en plus. Le monde est une progression continue vers l'être (V. Claude Bernard, *La Science de la vie* ; et Boutroux).

La loi de vie est la loi du développement régulier, la loi de l'accroissement des êtres vivants. D'où, suivant les circonstances, la valeur de toutes choses, fonction de cette loi de vie, changera.

Car la valeur a son fondement dans la Vie elle-même. Le mot valeur ne vient-il pas de *valeo*, je me porte bien ? Vivre, c'est avoir de la valeur. Vivre davantage c'est avoir davantage de valeur. Et la valeur que nous attribuons aux choses est fonction de l'intensité de vie qu'elles nous apportent. « La satisfaction des besoins essentiels prime celle des besoins dont l'importance vitale est moindre » (Jennings, *Natural Elements of political economy*, p. 100). La valeur des choses dépend de leur aptitude à satisfaire ces besoins, de leur « degré de désirabilité », suivant l'expression de Gide. « Une chose vaut uniquement parce qu'elle est utile, déclare Ferrara, d'une utilité proportionnée à l'intensité du besoin auquel elle correspond — le besoin de vivre ». J'ajouterai : de vivre toujours davantage ⁽⁹⁾. La valeur des choses sera donc en réalité notre propre besoin de vivre davantage que nous projetons sur les choses, et variera en fonction de ce besoin.

(9) Voir Marie LENÉRU, *Les Affranchis* : « Nous sommes, et c'est probablement la meilleure raison d'exister. Nous sommes, et c'est évidemment pour être de plus en plus. Agrandir chaque jour son être et son désir, tel est le seul but que nous puissions logiquement assigner à l'existence. »

C'est ainsi que, si notre vie est menacée dans son principe même, les choses qui auront le plus de valeur seront celles par quoi notre vie pourra être conservée. Pour un homme qui meurt de soif au désert, la chose qui aura le plus de valeur au monde sera un peu d'eau. Pour un homme menacé par une arme, ce qui aura le plus de valeur sera une autre arme pour prévenir le coup qu'on va lui porter, ou quelque chose pour se protéger. Si notre vie n'est pas menacée, ce qui aura pour nous le plus de valeur sera ce qui nous provoquera la plus grande intensité de vie. Prenons comme exemple un sauvage qui tue un animal et le rapporte à sa tribu. Quelle sera la valeur de cette proie? Si c'est un tigre, l'homme l'a tué, ou pour se défendre et défendre le bétail, ou pour sa fourrure et ses griffes, et ses moustaches qui sont des fétiches. Si c'est, par exemple, une antilope, il l'a tuée pour la manger. Quelle est la bête qui a le plus de valeur pour lui et pour la tribu? C'est incontestablement le tigre, s'il menaçait la vie du chasseur ou celle des autres membres de la tribu. Sinon, si la tribu est affamée, c'est l'antilope qui sera acclamée, et le tigre tué n'aura de valeur qu'en tant qu'il aura apporté à la tribu un sentiment de sécurité et de confiance en la supériorité de l'homme, un sentiment de curiosité, etc., et aussi parce que le tigre est un fétiche. Mais, pour le chasseur, il est clair que la valeur du tigre sera plus grande, non pas précisément à cause de l'effort coûté, mais à cause de la satisfaction d'orgueil, de force triomphante. Cependant, si le chasseur mourait de faim, c'est encore l'antilope qui aurait pour lui le plus de valeur, puisqu'elle lui conserverait sa vie menacée. Et, inversement, si la tribu n'a pas faim, l'antilope est délaissée, car elle n'a plus de valeur immédiate (les sauvages, comme les enfants, ne prévoient guère l'avenir). En dernière analyse, pour la tribu comme pour le chasseur, la valeur de la proie est fonction de l'intensité de vie qu'elle procure ⁽¹⁰⁾.

(10) C'est ainsi que, pour un enfant, le jouet qui a le plus de valeur est celui qui lui procure la plus grande intensité de vie par le plaisir escompté; un peu plus tard, il préférera le jouet le plus cher — toujours parce qu'il lui procure une plus grande intensité de vie par la vanité satisfaite.

Ce n'est donc pas dans l'effort coûté que réside la valeur, mais dans la satisfaction qui en résulte; cette satisfaction peut d'ailleurs être en partie produite par l'effort, c'est-à-dire par la difficulté vaincue. La valeur est-elle donc dans l'utilité, suivant le désir, le besoin satisfait ? Ceci est trop étroit. Ou alors ce peut être un désir subconscient de la perfection ; par exemple la petite phrase musicale qui s'imposait à Swann alors qu'il n'en avait ni le désir ni le besoin (Proust) ; ou encore un homme sans aucun souci esthétique, ayant un jour devant un tableau la révélation de la beauté, laquelle il ne cherchait ni ne désirait. « Devant les nymphes de Corot ou le déjeuner en plein air de Manet, on est pris d'une sorte de terreur à la pensée de son propre aveuglement. On sent tout à coup le domaine de la vie augmenté de cette nature dont on avait jusqu'à présent négligé la plénitude spirituelle, en raison de son caractère illimité. En vérité, on peut dire que la grande peinture française a achevé l'affranchissement de l'homme parce qu'il a trouvé dans ses tableaux une nature plus riche et comme un élargissement de sa personnalité » (Friedrich Sieburg, Dieu est-il Français).

On peut prendre encore pour exemple le civilisé conquis, transformé, élargi par la vie de Tahiti que, de loin, il ignorait ou méprisait (V. Somerset Maugham, L'Archipel aux Sirènes). Valeur-utilité est trop faible. Valeur-intensité de vie conviendrait mieux. Et prenons encore toutes les inventions modernes. Avant de les connaître, on ne les désirait pas. Elles ne satisfont pas un désir, ni même le plus souvent un besoin — sinon le besoin de toujours augmenter ses commodités, le désir d'élargir sa vie. Besoin non seulement de vivre, mais de vivre davantage.

Ainsi se trouve résolue l'opposition entre le juste et l'utile, le juste apparaissant en somme comme un aspect de l'utile, si l'on définit l'utile : ce qui permet à l'homme de conserver ou d'accroître sa vie.

§ II. — LA MORALE

La vie humaine n'est pas un équilibre ; c'est une tendance vers un équilibre jamais atteint. C'est une tendance vers la Vie dans sa plénitude harmonieuse. L'évolution est progrès, c'est-à-dire développement de la vie, intensité de plus en plus grande de vie (minéraux, végétaux, animaux, homme). Ce n'est sans doute pas achevé, puisque nous sentons en nous une force qui nous pousse à élargir et développer encore notre vie. « La vie est ce qui toujours doit se dépasser soi-même » (Nietzsche).

L'homme cherchera à intensifier sa vie corporelle en tendant vers cet équilibre parfait, d'où la nécessité d'une vie saine et active, l'utilité et l'attrait des sports, la recherche constante du plaisir qui est un accroissement de notre nature (V. Leibnitz). Le bien-être est en réalité un *plus-être* ; plus-être préféré même à l'être puisque ceux qui ne peuvent l'avoir choisissent souvent le non-être : le suicide n'est-il pas davantage le résultat d'une exaspération des forces de la vie plutôt que de leur dépression ? « Le repos dans la perfection, c'est le rêve de celui qui peine pour atteindre l'excellence ; et le néant n'est-il pas une forme de la perfection ? » (Thomas Mann, *La mort à Venise*, p. 84).

Mais l'intensité de la vie corporelle a une limite, vite atteinte. D'autre part, il est des injustices contre lesquelles la justice humaine ne peut rien : inégalités naturelles, destinées inégales. L'homme devra-t-il se résigner à vivre d'une vie stagnante, ou même qui va s'amointrissant ? Je ne sais s'il le devra ; le fait est qu'il ne le *pourra* pas, car la vie l'emporte. Si sa vie ne s'accroît pas, il doit périr. Ne pouvant s'accroître dans le domaine corporel, sa vie s'élargira dans le domaine du spirituel. Car l'âme, comme le corps, subit la loi de dépassement.

« L'âme est un feu qu'il faut nourrir,
« Et qui s'éteint s'il ne s'augmente. »

VOLTAIRE.

L'homme, limité dans sa vie corporelle, montera vers l'infini dans sa vie spirituelle. Il pensera ; il aimera. Et, par là, il essayera de satisfaire cette soif inextinguible qu'il porte en lui et que Paul Valéry appelle : « l'exigence d'absolu et d'infini ».

De cette loi de dépassement qui est en lui, l'homme tire la notion idéale du Juste et du Bien, c'est-à-dire du Souverain Bien, d'un Absolu vers lequel il tend désespérément. Et ce sera le contenu de la Morale.

De là est né le droit naturel de pensée et de religion.

La Morale, fondée sur l'ordre d'accroissement inclus dans la Loi de Vie, comprendra donc deux éléments : une recherche d'accroissement de la vie corporelle : c'est ce que j'appellerai la morale pratique, et une recherche d'accroissement spirituel par l'élargissement infini de l'âme à la poursuite du Souverain Bien : c'est ce que j'appellerai la Loi Morale, ou Morale proprement dite.

Il y a bien un troisième élément dans la morale : c'est la morale sociale, encore appelée « bonnes mœurs », mais il est très différent dans son essence. Je l'étudierai dans le chapitre suivant.

Une vie selon la Morale, c'est-à-dire en recherchant le Souverain Bien, est une aspiration passionnée à la « Vérité souveraine, la vie véritable, la vie bienheureuse, la vie incréée », comme il est dit dans l'Imitation ; c'est l'élargissement de la vie spirituelle jusqu'à la fusion avec la Puissance infinie qu'on nomme Dieu, ou Nature, ou Absolu, ou Grand Tout ⁽¹¹⁾.

(11) On me reprochera peut-être d'identifier le Divin et l'Infini ; on m'objectera peut-être que ces idées ne se recouvrent pas nécessairement et que, pour certaines écoles grecques, le Divin est le Fini. Ces écoles (qui d'ailleurs ne sont pas entièrement exemptes d'infinitisme), sont l'enfance de la métaphysique. On peut dire qu'à partir d'Aristote toutes les métaphysiques sont infinitistes. Cf. sur ce point RENOUVIER, *Esquisse d'une classification systé-*

A. — *Modes individuels.* — Une telle intensification de la vie peut s'obtenir par la raison ou par l'amour. Poursuivre la pensée jusqu'à son absolue unité avec le principe des principes, qui est l'Être — et c'est le but de toute philosophie (V. Janet et Séailles, *Histoire de la Philosophie*) ; ou bien, sortant de la connaissance pour aller à la connaissance, suivant la formule néo-platonicienne, obtenir par l'amour une identification totale avec la Vie — et c'est le but de toutes les mystiques.

On peut objecter, il est vrai, que dans une marche mystique vers la Vie totale, il ne soit question que de renoncement, d'abdication de soi ; cela ne semble-t-il pas un rétrécissement de la vie ⁽¹²⁾ ? C'est bien ce que pense Nietzsche quand il reproche à la morale chrétienne d'avoir fait « la plus grande mutilation de l'homme qu'on puisse imaginer — et on prétend en avoir fait l'homme bon » (Volonté de puissance). Aussi conclut-il : « la morale étant l'instinct de la négation de la vie, il faut anéantir la morale pour délivrer la vie ». Mais cela n'est pas exact ; cette lutte entreprise, soit au nom d'un Dieu venu de l'extérieur, soit au nom d'un principe que nous tirons de nous-même, a pour but le triomphe de la partie spirituelle de notre moi, et pour résultat premier la concentration de ce moi. Car, tout ce que nous cherchons à étouffer, tout ce qui résiste à Dieu, se révèle et s'affirme. N'est-ce pas au moment où l'on cherche à la détruire qu'une chose existe le plus ? Puis, quand l'âme mystique est arrivée au renoncement total, quand la volonté, victorieuse, s'anéantit avec délices, l'être « s'impersonnalise » suivant le mot d'Amiel. Sa vie est donc réduite au minimum ? Non, car ce qui est alors diminué, c'est sa partie animale. Son moi spirituel, en qui réside sa vraie personnalité, a rejoint le Dieu

matique des Doctrines, 2^e partie, « L'Infini ; le Fini », notamment p. 97 et ss. Sur l'infinisme de la métaphysique chrétienne, cf. son article : « L'idée de Dieu », dans l'*Année philosophique*, 1897.

(12) Tel SAINT ANSELME à qui l'amour de Dieu faisait oublier de combattre le mal qui rongeaient son corps.

dont il émanait. Il est arrivé à cette « connaissance par l'amour » à laquelle aspirait Claudel. Lorsque nous sentons notre moi, nous sommes limités, égoïstes, captifs. Lorsque nous nous sommes renoncés, notre moi s'évanouit dans une complète adhésion à la volonté de Dieu. Et, en montant toujours, en se dépassant encore, on peut atteindre, comme dit St Augustin, « à cette région d'inépuisable abondance où Dieu rassasie éternellement Israël du pain de Vérité ». C'est l'extase, fusion parfaite avec Dieu, dissolution de tout l'être en Dieu, « effacement du moi dans le Grand Tout » (Amiel). Mais cette union avec l'Absolu n'est pas un anéantissement. Elle est le sentiment d'une vie plus intense où l'être entier se réalise au maximum. « L'homme entier, corps et âme, au milieu d'une très douce sérénité, acquiert une vigueur nouvelle », dit Ste Thérèse.

C'est à cette même exigence d'intensité de vie qu'on peut rattacher l'Art. Toute la valeur de l'Art réside dans ce fait qu'il apporte une vie plus intense. Sensation vague et confuse parfois, mais, comme l'a dit Baudelaire en parlant des fins d'après-midi d'automne : « Il est des sensations dont le vague n'exclut pas l'intensité, et il n'est pas de pointe plus accérée que celle de l'infini... ». C'est un état de même nature que recherchent les artistes et les esthéticiens modernes quand ils veulent connaître les choses dans leur existence propre, dans leur « principe de vie », et s'unir à ce principe, s'y fondre, s'y confondre, devenir la « vie des choses », « vivre les choses » (V. Benda, Belphégor). Car, en vivant ainsi les choses, ils n'entendent pas abolir leur vie propre, mais à la fois se sentir dans les choses et les sentir en eux, — et, ce faisant, élargir leur vie en l'intensifiant.

Et l'amour, n'est-il pas de même un renoncement de soi en même temps qu'un « accroissement de tout l'être » (Spinoza), une « plénitude qui déborde » ? (André Suarès, Cressida). D. H. Lawrence, l'apôtre de la mystique charnelle, ne voit-il pas dans le phénomène du désir l'expression sacrée de la vie

impersonnelle ? Il en fait en quelque sorte l'acte religieux par excellence, celui qui unit l'homme aux rythmes cachés de l'univers ; l'amour est, pour lui, un « Dark God », sorte de Dieu obscur, sourde et majestueuse présence de la vie elle-même (D. H. Lawrence, *Sons and Lovers*, et l'antaisie sur l'Inconscient).

Ainsi, l'extase, qui semble être la réalisation de ces états embryonnaires, serait un échange sublime et miraculeux où l'on se donnerait tout entier pour recevoir le Tout ; ce serait une plénitude, une intensité maxima de vie plutôt qu'un anéantissement. Un maximum de puissance, de connaissance. On arrive ainsi à la valeur suprême qui est la « Vie véritable ».

La totalité de ce Tout qu'il ne peut embrasser fait la hantise et le tourment de l'esprit de Claudel. « Quelqu'un qui soit en moi plus moi-même que moi », gémit-il. Et, bien avant lui, Eschyle, dans les Filles du Soleil, n'avait-il pas parlé de Zeus qui est « le tout et ce qui existe en plus du tout » ? L'extase ne serait en définitive que la satisfaction de cette aspiration à posséder le tout dans sa totalité indécomposable. L'âme humaine s'élève jusqu'à la source de vie, s'y unit de la manière la plus intime et s'y trouve comme identifiée par l'amour. C'est un maximum de « Vie », l'identification de l'être vivant avec la Vie elle-même.

B. — *Mode social*. — Cependant, si tous les hommes subissent l'exigence de cette loi de dépassement qui est la Loi de Vie, bien rares sont ceux à qui il est donné de connaître le chemin qui mène à l'extase, la « route géniale » comme l'appelle Thomas Mann (*La montagne magique*). Et pourtant, tous les hommes portent en eux la nécessité d'élargir sans cesse leur vie spirituelle. C'est, non plus dans le « Tout », mais plus modestement dans le groupe social dont ils font partie, que la plupart des hommes chercheront ce maximum de vie.

C'est chez le primitif que l'on observe ceci le plus nettement. Le primitif s'identifie avec son clan. Tous les membres du clan sont « membres les uns des autres » (Bible). La véritable unité est le groupe (famille ou clan). Cela se constate dans la vie courante des primitifs : Pour guérir un malade, on soigne non seulement ce malade, mais toute la famille. C'est un *traitement général*. Les frères ont une personnalité interchangeable dans leurs rapports avec leurs femmes. Les parricides et les fraticides ne sont pas punis, car ces crimes sont considérés comme des suicides partiels. La responsabilité est collective; la propriété est collective. Jamais un primitif n'a l'idée de son individualité à part du groupe. Le clan est un « continuum d'énergie mystique », et, dans le clan, les personnes sont individualisées uniquement par la quantité de ce pouvoir mystique capté par chacune d'elles : les chefs en ont davantage ; les sorciers aussi, mais ils l'ont capté en contrebande. L'individu est condensateur et transformateur de cette énergie mystique. Il est « bon de participation ». On *existe* plus ou moins.

L'individualisation de la puissance mystique se fait donc au bénéfice du groupe et non de la personnalité isolée. En dehors du groupe, l'individu n'est rien : son essence est détruite. Vivre, pour le primitif, c'est être engagé dans le réseau de participation dont le groupe est le centre. Sa vie est donc compromise quand il sort de ce cercle, car il est alors privé de l'efficace mystique. L'étranger est néant chez les primitifs; s'il meurt dans le clan, il n'y a aucune cérémonie de purification. Aucune liaison de personne à personne ne peut prévaloir contre les liaisons de personne à groupe. La liaison électorale (mariage) est affaire de groupe. Il y a des règles collectives pour le mariage, le concubinage, et même les amitiés. Le primitif ne pense les relations sociales que comme relations avec le groupe, — tandis que nous voulons que le groupe sanctionne les relations inter-individuelles.

En somme, l'individu n'a pas de personnalité individuelle ; sa personnalité est *sociale*.

C'est de là que vient le plus souvent le malentendu qui existe entre les primitifs et les missionnaires qui vont les catéchiser. On demande à ces primitifs de ne plus exister par le groupe (point de vue négatif), et (point de vue positif), on leur demande de faire leur salut individuel. Les Indiens de l'Amérique du Nord se sont surtout montrés hostiles aux protestants, car le protestantisme veut davantage d'individualité. Il y a plus de conversions collectives que de conversions individuelles : aliénation de tout un être mystique restant être collectif, social.

Le primitif n'ayant pas de personnalité individuelle, les moments où il vivra le plus seront les moments d'effervescence collective : c'est là que le primitif a le sens de son existence maxima en quantité et en qualité. Sa vie maxima, il la cherche dans son absorption par le groupe : il sent le groupe en lui. C'est là où l'essence sociale a le maximum de réalité et d'efficacité, que l'individu *existe* le plus.

Toute une Ecole, à la suite de Durkheim, voit dans le groupe, dans la société, une réalité qui a une vie propre, lui venant, non des individus qu'elle réunit, mais du fait qu'elle réunit des individus ; un tout qui est plus et autre chose que la somme de ses parties ; une synthèse. La société, cependant, s'impose à l'individu sans abolir sa personnalité, que, bien au contraire, elle développe suivant l'idéal social. Nous sommes des individus dans la mesure où, dépassant la pure vie animale, nous participons à la pensée collective ; mais, d'autre part, la pensée collective ne peut exister qu'à la condition de s'incarner dans des individus qui la réalisent chacun à sa manière et se trouvent par là-même rationnellement fondés en tant qu'individus. « L'individu est l'agent nécessaire de cette vie collective qui le métamorphose » (Durkheim) ; et l'expérience purement sensible des individus est l'agent nécessaire des concepts collectifs. Il n'y a pas solution de con-

tinuité entre la société et l'individu. Ces deux termes ne s'opposent plus pour se détruire mais se rencontrent pour collaborer. Partant de la société considérée comme réalité distincte des individus, on aboutit à l'homme, l'homme étant une expression synthétique et condensée de l'ensemble social dont il dépend, la manifestation même de l'unité de cet ensemble. C'est en sentant l'ensemble social en lui que l'homme trouve son maximum de personnalité, son maximum de vie. Il s'identifie avec le groupe.

Cela revient toujours à chercher l'Etre conçu comme unité, soit dans la pensée ou l'amour, soit dans la solidarité sociale. L'aspiration de la vie spirituelle est le désir d'une harmonie nouvelle s'ajoutant aux harmonies existantes. La pensée aspire à une création continue de plus en plus riche, elle est besoin d'invention réelle. Elle tend à se développer jusqu'à se saisir dans son principe qui est la Vie, à coïncider avec le principe créateur.

Le devoir sera l'obligation que nous sentons en nous de conserver et d'accroître notre vie. Le *devoir* est un *instinct* ⁽¹³⁾. Instinct de conserver les droits essentiels à la vie corporelle — c'est la notion de justice. Instinct de s'accroître dans sa vie corporelle et spirituelle — c'est l'idée et le sentiment du Juste et du Bien ⁽¹⁴⁾, c'est l'exigence d'Absolu, c'est la Morale. Et le Droit Naturel serait la faculté inviolable pour l'homme de réaliser ce devoir (Cf. R. Garraud, *Traité de Droit pénal*, t. I, p. 33).

L'ensemble de cette Morale et de ce Droit Naturel forme ce qu'on appelle la Loi Naturelle.

La Loi Naturelle est-elle venue du ciel dans la conscience

(13) « La conscience ne nous trompe jamais; elle est à l'âme ce que l'instinct est au corps » (J.-J. ROUSSEAU, *Profession de foi d'un vicaire savoyard*).

(14) « La notion du juste et de l'injuste est infiniment variable et changeante. Mais le sentiment du juste et de l'injuste est un élément permanent de la nature humaine », DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, 1921, t. I, p. 50.

des hommes, ou sont-ce les hommes qui l'ont hissée au ciel ? Elle est éternelle en son fondement qui est la Loi de Vie, mais, par son contenu, elle n'est que tentative pour la vie corporelle et spirituelle de réaliser son achèvement. Au-delà spirituel extériorisé. « Le devoir précède le devoir et le détermine » (Boutroux).

Ainsi se trouve détruite l'opposition entre le Droit Naturel et la Morale. On en vient, non plus à la confusion antique entre ces deux termes, mais à leur juxtaposition : l'un et l'autre n'étant que les deux aspects d'un même principe qui est la Loi de Vie.

« L'homme est né à sa connaissance, la loi est sa reconnaissance. A son appel il se tourne, à cet appel elle se tourne, perpétuel renversement, commencement éternel » (Emmanuel Lévy, Introduction au Droit naturel).

La Loi Naturelle est la *Loi de Vie* qui s'impose à l'homme.

D'une façon plus générale, l'ordre naturel est l'ordre de Vie auquel obéissent tous les êtres vivants, chaque individu, selon son tempérament et selon les circonstances, cherchant son maximum de vie dans l'intensité de sa vie corporelle (Sport, sensualité, sensibilité), ou dans celle de sa vie spirituelle (raison, amour, solidarité).

CHAPITRE II

Ordre public

Si la Loi Naturelle n'est autre chose que l'*ordre de Vie* dans son application à l'homme, comment se peut-il qu'il existe quelque chose qui soit reconnu par les hommes, en tous temps et en tous lieux, comme un ordre plus impératif, plus puissant, qui puisse venir empêcher l'épanouissement naturel de la vie humaine ?

Ce quelque chose existe cependant, c'est ce que l'on appelle l'intérêt supérieur de la collectivité, c'est l'ordre public.

Mais en quoi cet intérêt est-il donc supérieur ? En vertu de quel principe supérieur l'ordre public peut-il faire obstacle à la Loi de Vie ? Quelle est la signification profonde et la texture intime de l'ordre public ?

Telles sont les questions qui se posent maintenant d'une manière impérative, et auxquelles je vais m'efforcer d'apporter une solution.

SECTION I

L'ordre public et les nations Fondement de l'ordre public

§ I

Ordre public ; voilà une expression vague, ambiguë, conçue différemment suivant les époques et selon les pays.

Suivant les époques, nous avons vu, en effet, se transformer l'ordre public. C'est ainsi qu'en matière de divorce, par exemple, et de filiation naturelle, nous avons vu l'ordre public se dresser et puis disparaître, ou tout au moins s'effacer (loi du 27 juillet 1884, et loi du 16 nov. 1912). De même pour les contrats d'assurances sur la vie, de claqué, de courtage matrimonial, et même de jeux de hasard, nous voyons l'ordre public devenir hésitant et débonnaire, tolérant et acceptant des conventions qu'il avait prohibées rigoureusement. On peut faire les mêmes observations en ce qui concerne le cours forcé des billets de la Banque de France (loi de stabilisation monétaire de 1928).

Et il n'est pas jusqu'à la famille elle-même qui ne voie peu à peu disparaître la protection véhémement à elle farouchement gardée par l'ordre public. N'a-t-on pas, en effet, autorisé successivement la légitimation de certains enfants incestueux et adultérins, le remariage de la femme adultère avec son complice ; ne voit-on pas naître et s'affirmer depuis quelques années un véritable « statut du concubinage » ?

Ainsi, l'ordre public évolue et se transforme sans cesse suivant les nécessités du moment.

Il n'est pas moins divers selon les pays :

Dans certains pays, en effet, la notion d'ordre public se restreint jusqu'à ne plus viser que l'ordre matériel dans la rue (V. M. Tzarit, délégué de Suisse, Discours à la C. I. T., 10^e session, le 15 juin 1927) et à se rapporter en première ligne aux fonctions de la police (M. Gassner, délégué de l'Allemagne, à la même Conférence).

D'autres pays y ajoutent l'idée des intérêts de la collectivité et aussi ceux de l'État, cette dernière expression semblant se rapporter exclusivement au gouvernement du pays (M. Zimiecki, délégué de la Pologne, à la même Conférence).

« Il me paraît, disait M. Poulton, délégué anglais, que les intérêts de la collectivité (the interests of the community), sont une notion extrêmement complexe et dont on pourrait donner

de nombreuses définitions. Ainsi, pour citer un cas personnel, il y a un certain nombre d'années, divers personnages de mon gouvernement estimaient que, dans l'intérêt de la collectivité, il convenait de me fusiller pour leur permettre d'appliquer leurs idées auxquelles je m'opposais. Maintenant, était-ce dans l'intérêt de la collectivité ? Je ne le pensais pas. Le lock-out est-il contraire ou non aux intérêts de la collectivité ? La question est controversée. Quelquefois il peut se produire que le lock-out soit salubre en ce qu'il assure ensuite une longue ère de paix industrielle »...

Et Arthur Fonaine, alors délégué de France, rapporteur de la Commission de la liberté syndicale, concluait en ces termes : « Une délégation a dit : qu'est-ce que l'ordre public ? c'est uniquement l'ordre de la rue... Le questionnaire est rédigé en français; nous sommes obligés de prendre les mots dans le sens qu'ils ont en français. Or, je dois dire que l'ordre public n'est pas uniquement, en français, l'ordre de la rue, mais comprend encore : la morale, la sûreté de l'Etat et même d'autres choses... »

C'est cette conception française extrêmement complexe de l'ordre public que j'ai essayé de dégager de la jurisprudence et de la doctrine françaises.

A ces éléments disparates qui composent notre notion de l'ordre public, je me suis efforcée de découvrir une direction unique : je les ai vus tous graviter autour de l'idée de Nation.

Il s'agit maintenant de séparer à nouveau tous ces éléments, puis de les ordonner autour de cette idée centrale, de les systématiser, et de faire apparaître la raison profonde d'une telle gravitation.

Or, nous voyons certains arrêts envisager surtout le salut public, la défense et la conservation de la Nation, d'autres, sa prospérité et son développement. Dans un autre ordre d'idées, certains arrêts s'attachent plus spécialement au territoire lui-même, à la prospérité économique; d'autres pensent à la population, à sa santé, à sa moralité, à ses forces productives;

d'autres enfin à la tradition philosophique nationale. Tous se justifient par une *nécessité d'ordre public*.

C'est avec raison et à dessein, a dit M. Josserand (Droit civil, t. II, p. 63), que le législateur a adopté cette formule suffisamment souple pour se plier aux besoins, à la moralité, voire aux préjugés du moment : c'est au tribunal qu'il appartient de rechercher si la cause qui lui est soumise va à l'encontre de l'ordre public ou des bonnes mœurs.

L'ordre public, affirment MM. Ambroise Colin et H. Capitant (Cours élém. de Droit civil français, t. I, p. 63), c'est d'abord l'ordre dans l'Etat, c'est-à-dire une certaine organisation nécessaire au bon fonctionnement de l'Etat. Toutes les lois de Droit public sont donc d'ordre public, y compris naturellement les lois de Droit pénal. En outre, ajoutent-ils, dans la législation civile elle-même, bien que celle-ci n'ait trait, en principe, qu'au règlement des intérêts particuliers, il y a bon nombre de dispositions qui touchent à l'ordre public, parce que les règles qu'elles contiennent « paraissent indispensables au maintien de la sécurité, de la moralité publiques, à celui des rapports pacifiques entre les citoyens, à la commodité de leurs relations économiques. Ces dispositions touchant ainsi non seulement à l'intérêt de certains individus, mais à l'intérêt général doivent rester intangibles. Il ne peut dépendre de la volonté des particuliers d'en écarter l'application ».

L'ordre public (M. von Bar, International Law, traduction anglaise par Gillespie — original en allemand — Edinburgh, 1892, 2^e éd.) se réfère au « respect nécessaire que nous devons avoir pour l'ensemble considéré à part de l'individu ». Il est (M. Edouard Lambert, Cours de Droit comparé à la Faculté de Droit de Lyon, 1930) un produit de la psychologie collective qui se sent plus qu'il ne peut se définir, la résultante des multiples orientations que la collectivité cherche à inspirer à ses membres pour la paix et le bien commun.

La notion d'ordre public (Th. Healy, *op. cit.*) a un caractère politique, moral et économique. C'est l'application du prin-

cipe de *self preservation* au corps politique (Cour d'appel de New-York, Wynehamer v. People, 13 N.-Y., 375).

Pour M. Weiss (Droit intern. privé, p. 245 et s.), « l'ordre public international, comme l'ordre public interne, procède de l'intérêt général » ; et cet intérêt général, base de l'ordre public, est mouvant, dit-il, et varie suivant les circonstances, la marche des idées, le progrès ou l'altération des mœurs.

Et Fiore (Droit intern. privé., p. 54) fait entrer dans ce que nous appelons ordre public, « non seulement toutes les lois constitutionnelles, mais aussi toutes les dispositions contenues dans les autres parties de la législation qui sont d'intérêt général et établies pour la conservation de l'Etat. De ces dispositions, quelques-unes pourvoient à sauvegarder les mœurs, la moralité publique, les intérêts économiques de la société et le régime territorial de la propriété ; d'autres sont dictées par des motifs d'humanité ; d'autres protègent les intérêts moraux et religieux ».

« Les lois d'ordre public absolu et territorial en droit international privé, dit encore Paul Lerebours-Pigeonnière, sont celles que les nécessités de la défense de l'Etat, de l'ordre social, des bonnes mœurs, ne permettent pas à un tribunal d'écarter au profit d'une loi étrangère, telles : une loi pénale, une loi de police, une loi interdisant la polygamie ». Et il ajoute : « Le Droit international privé français s'efforce d'organiser au moyen de règles de rattachement les relations privées internationales, en tenant compte de la solidarité internationale et des intérêts vitaux de l'Etat français ; il est donc rationnel qu'il abandonne le système des règles de rattachement toutes les fois qu'un *intérêt vital* le commande » (Précis, p. 251).

Et M. Octavio (Droit intern. privé brésilien, Paris, 1925) affirme de même qu'une nécessité d'ordre public est imposée par un sentiment de *légitime défense de la vie nationale*.

Voilà que nous sommes de nouveau ramenés à l'idée de vie. Mais, cette fois, il s'agit de la vie de la Nation.

§ II

Qu'est-ce donc qu'une Nation ?

Dans : *Décadence de la Nation française*, R. Aron et A. Dandieu semblent opposer Nation à Patrie, la patrie comprenant tous les biens essentiels dont le groupement constitue la culture ; la nation, au contraire, étant cette espèce de figuration géographique et militaire qu'il faut détruire si l'on veut que vive la Nation française.

Je ne crois pas, au moins à l'époque actuelle, qu'on puisse appeler patrie cette chose sans consistance et sans support matériel qu'est la culture. Ce que Aron et Dandieu appellent Nation, cette « figuration géographique et militaire » (j'ajouterai : et administrative), c'est ce que l'on est convenu en général d'appeler : Etat.

Nation et Patrie se confondent, se résolvent en *France pure*, chose réelle quoique indicible, « impossible à définir à froid, que ni la race, ni la langue, ni la terre, ni les intérêts, ni l'histoire même ne déterminent, que l'analyse peut nier, mais qui ressemble par là même, comme par sa toute-puissance démontrée, à l'amour passionné, à la foi, à quelque-une de ces possessions mystérieuses qui mènent l'homme où il ne savait point qu'il pouvait aller — au delà de soi-même » (Paul Valéry, Extrait de son Discours pour la réception à l'Académie Française du Maréchal Pétain, le 22 janvier 1931).

« La patrie, c'est une façon de vivre sur laquelle nous sommes tous d'accord », déclare André Siegfried (*Tableau des partis en France*, p. 53). Elle est faite de notre besoin de vivre davantage, de sortir de nous-mêmes, pour nous épanouir et nous intensifier dans la vie du groupement dont nous faisons partie.

Car ce groupement vit, d'une vie qui provient de la nôtre mais qui s'en détache, et où nous puisons une vie plus complète. La volonté d'un peuple de former une nation existe, selon M. Benda (*Esquisse d'une histoire des Français*), dès

le début de son histoire, encore qu'elle soit alors, et reste pendant longtemps, inapte à prendre conscience de soi et donc à se satisfaire. Elle s'élève au-dessus des volontés individuelles en les gouvernant, « comme fait la volonté d'un mammifère ou d'un oiseau avec les volontés de ses divers organes, ou comme fait le « génie de l'espèce » avec les volontés des individus. Elle leur a été proprement transcendante » (Benda, *ibid.*).

Cette transcendance de la nation par rapport à ses parties s'affirme dans la déclaration du Congrès fasciste de Bologne du 24 janvier 1922 : « La nation — entendue comme synthèse supérieure de toutes les valeurs matérielles et spirituelles de la race — est au-dessus des individus, des catégories et des classes. Les individus, les catégories et les classes sont les instruments dont la Nation se sert pour en former le bloc de sa plus grande puissance ».

En France, on a soutenu l'idée d'une force identique à elle-même, traversant toute l'histoire, force mystérieuse « que nous dégageons plus que nous ne la voyons » (Sorel, *L'Europe et la Révolution française*, t. II, 565; t. III, 11; t. IV, 472).

La patrie française, s'écrie Raymond Poincaré, Jeanne d'Arc l'a créée « avant même que le mot en soit inventé ». Elle existe depuis le jour où, pour la première fois, les hommes ont commencé à sentir « que cette pauvre France inorganique était autre chose que le bien d'un roi : un être vivant » (Friedrich Sieburg, *Dieu est-il français*, p. 34).

De même, Marcel Proust, dans le Temps retrouvé, parle de « l'immense être humain appelé France ». — « Le cri : Vive la France, dit encore Ernst Robert Curtius (*Essai sur la France*, p. 334), ne s'adresse pas à un Etat, à une nation ou à un pays, mais à un être vivant que des millions de Français nourrissent de leur sang et de leur moelle, de leur esprit et de leur volonté ».

Un être vivant, une chose qui vit, voilà ce qu'est la Nation,

et, comme telle, elle est soumise à la Loi de Vie, la loi d'accroissement, de dépassement, qui oblige tout ce qui vit.

La Nation doit s'accroître sous peine de mourir.

Or, la Nation, tout comme l'être humain, est double : elle a une vie matérielle et une vie spirituelle. Elle comprend un élément physique (territoire, population), et un élément spirituel (culture ou civilisation). Car, si elle n'est déterminée ni par la terre, ni par la race, ni par la langue, ni par les intérêts, ni par les traditions, ni par les aspirations communes, sa réalité participe de tout cela, tout comme l'homme, qui n'est déterminé ni par des muscles, ni par des nerfs, ni par du sang, ni par des désirs, ni par des pensées, a une réalité qui participe de tous ces éléments.

Examinons, l'un après l'autre, les deux éléments dont se compose la Nation.

SECTION II

Contenu de l'ordre public

§ I. — VIE MATÉRIELLE DE LA NATION

1° *Le territoire.* — Le sol est l'élément tangible, fixe (si non fixé) sur lequel se construira tout l'édifice national. Un peuple nomade, sans territoire, ne constitue pas une nation. C'est un des éléments d'une nation, qui porte la nation en puissance, mais qui ne constituera une nation que le jour où il prendra forme sur un territoire déterminé. La nation est un territoire, disait Barrès.

Mais, qui dit frontière dit guerre, objectent Aron et Dandieu (*op. cit.*). A cela, André Suarès répondrait (Guerre et politique) : La guerre est un fait vital... Tout ce qui vit, qui mange et qui s'accroît, fait la guerre et doit la faire. L'instinct de vaincre et la volonté de vivre se confondent. Tout ce qui vit veut vaincre. Et pour vaincre il faut se battre. La victoire n'a

pas d'autre moyen que la guerre... La fatalité de se nourrir est à la racine de la guerre — et de sa fatalité propre... La raison est impuissante à faire disparaître une fatalité naturelle... Cette loi fatale n'est autre chose, prétend Suarès, que l'un des aspects de la loi de vie. « Car, dit-il, il s'agit toujours de vaincre pour n'être pas vaincu. La volonté d'être est une volonté de puissance. Et la guerre s'ensuit ». Guerre armée ou guerre d'idées. Dans le cas où un pays se sent ou se croit le besoin de s'accroître physiquement, une guerre armée est inévitable. C'est ce que Bernard Grasset appelle « l'esprit de germanisation » (Lettre à Fr. Sieburg, p. 351), dont il fait « un besoin de triompher par la force » ou tout simplement « de prendre », qui domine aujourd'hui, selon lui, la nation allemande. Ce que l'on qualifie de volonté de guerre et de volonté agressive de l'Allemagne, ne serait autre chose qu'une « réaction biologique élémentaire pour compenser l'état de désarmement forcé dans lequel se trouve l'organisme allemand » (Berliner Boersen Zeitung, 12 oct. 1933).

La vérité, c'est qu'il faut un territoire à la Nation pour qu'elle y puise sa vie — un territoire suffisamment grand et riche pour qu'elle puisse vivre et s'accroître.

C'est là toute la thèse de : *Peuple sans espace* (Hans Grimm, Volk ohne Raum, München, 1930), qui proclame la nécessité d'une répartition nouvelle du monde suivant la vitalité des peuples.

Si le territoire est essentiel à la vie d'une nation, tout ce qui portera ou risquera de porter atteinte à ce territoire sera prohibé. Toute loi naturelle dont l'application compromettrait l'intégrité de ce territoire sera repoussée au nom de l'ordre public. Toute mesure de défense du territoire s'appliquera au nom de l'ordre public, dût-elle violer, ce faisant, une loi naturelle.

La conception du sentiment national paraît inséparable d'une possession du sol (V. Benda, Esquisse d'une histoire des

Français, 1932). On le voit dès l'antiquité où l'esclave, ne possédant rien, n'est pas admis à porter les armes. On le retrouve en un temps tout proche de nous : en novembre 1851, le rapporteur de la Commission de l'Assemblée Nationale, M. Daru, parlant des garanties qu'il fallait, selon lui, apporter au suffrage universel, invoquait l'exemple de l'Angleterre où des républicains « n'avaient admis l'exercice des droits électoraux, qu'avec des conditions de domicile, de *foyer permanent*, et exigeaient toujours ce qu'ils appelaient la *garantie d'attachement au sol* ». En 1789, un député du Tiers avait déjà déclaré que « nul n'est vraiment citoyen s'il n'est propriétaire ».

C'est sans doute pour cela que le droit de propriété a été si fortement proclamé et maintenu, même au détriment d'autres droits naturels dont l'affirmation était moins nécessaire à la vie nationale. La « plus haute justice » n'est souvent que la substitution d'une justice nationale à la justice individuelle (justice nationale étant définie parallèlement à justice individuelle, v. *supra*, ch. I, sect. II, § I). Quand deux lois naturelles, dans un cas déterminé, se contredisent, la « plus haute justice » commande de repousser, au nom de l'ordre public, celle qui nuirait à la Nation, ou tout au moins qui importe moins à sa vie.

N'a-t-on pas reproché à la France « la faculté de croire à la vérité en soi sans apercevoir les substructures historiques, sociales, de cette vérité » ? (Ramon Fernandez, *Polémique libérale*). « Il y a coïncidence, pour le moment, continue cet auteur, entre le vocabulaire rationaliste et les intérêts positifs de la France. *Justice*, dans la bouche d'un Français, se traduit dans le cerveau d'un Allemand par *statu quo*; *réparations*, *vérité*, par *responsabilité unilatérale de l'Allemagne*; *liberté*, par *liberté pour la France de disposer de son or au mieux de ses intérêts personnels* ».

La vérité en soi ne serait-elle donc qu'un instinct national ? Nous aborderons ce point dans la section suivante.

Quoi qu'il en soit, la possession du sol ne peut suffire à la Nation. Si la Nation veut vivre, elle ne doit pas seulement conserver ou agrandir son territoire, elle doit augmenter sa productivité, c'est-à-dire s'accroître matériellement de toutes façons. Car, en étendue, elle ne peut s'accroître indéfiniment; elle se verra donc obligée de développer ses richesses productives, du moins jusqu'à ce qu'elle parvienne à un équilibre matériel. Alors, pour continuer à s'accroître, elle devra s'étendre en un autre domaine (V. *infra*, sect. II).

C'est ce point de vue matérialiste qui, à l'heure actuelle, a tendance à dominer partout, nous verrons plus loin pourquoi. D'où les nombreuses mesures d'ordre public qui, au nom de cette toute-puissante productivité (agriculture, commerce, industrie), restreignent ou suppriment des droits naturels de l'individu. Et, devant cette pressante nécessité d'augmenter sa productivité, la Nation en arrive à porter atteinte au droit de propriété lui-même.

2° *La population.* — 1. — Parmi les habitants d'un pays, les uns sont les gouvernants, les autres les gouvernés. Car, pour qu'une nation vive, il lui faut un gouvernement qui maintienne une cohésion constante entre tous les éléments de la nation, et assure le bon fonctionnement de l'organisme.

Par suite, lorsque ce gouvernement est menacé, il a une tendance toute naturelle à s'identifier à la Nation elle-même et à prendre des mesures de « salut gouvernemental », qui seront baptisées — à tort ou à raison ⁽¹⁾ — mesures de « salut public ».

En tout cas, en période de calme comme en temps de crise, toutes les lois qui auront pour but d'établir et d'assurer le gouvernement, telles les lois constitutionnelles et administratives, seront d'ordre public.

(1) Aux yeux d'ALAIN, le gouvernement est moins, en fait, l'expression de la nation qu'une entité propre, tendant toujours à se considérer comme fin en soi.

Cependant, la majorité des hommes qui composent la nation sont les gouvernés.

Les hommes forment à proprement parler la « vie » de la Nation. Encore faut-il qu'ils soient suffisamment nombreux et qu'ils concourent tous à la prospérité nationale.

Les mesures qui intéressent au premier chef l'ordre public sont donc les lois ayant pour objet la quantité et la qualité des citoyens, en particulier les lois relatives à la repopulation. Ainsi, seront d'ordre public les mesures propres à augmenter la population, ou à empêcher qu'elle ne se réduise (réglementation de l'émigration).

Mais, d'autre part, et malgré la loi naturelle qui demande que les individus puissent librement aller d'un pays dans un autre, se pose le problème d'une défense contre une invasion de groupes indésirables, malsains, dangereux, contagieux, incultes. L'ordre public commande qu'on se protège contre de tels éléments (réglementation de l'immigration). Car ce n'est pas assez que d'augmenter la population, il faut encore garder intacte sa santé, et aussi accroître sa valeur. Seront donc d'ordre public toutes les mesures tendant à conserver et à accroître la valeur physique des habitants. Toutes ces mesures étaient chez les Grecs l'objet de la Police, dont le but essentiel était, en effet, la conservation de la vie des citoyens. Les Grecs « entendaient par conservation de la vie ce qui concerne la naissance, la santé et les vivres. Ils travaillaient à augmenter le nombre des citoyens, à les avoir sains, à se procurer un air salubre, des eaux pures, de bons aliments, des remèdes bien conditionnés, et des médecins habiles et honnêtes gens » (Guyot, Rép., V^o Police).

Et cela n'est point encore assez. Il ne faut pas se borner à rechercher l'hygiène et le développement physiques des citoyens, il faut encore établir la sécurité et la paix publiques (tel est l'objet du droit pénal), et aussi l'hygiène morale, indispensable à la tranquillité et à la prospérité de la Nation, car tout cela augmente les possibilités de *rendement* des citoyens.

La Police, disait Guyot (*op. et loc. cit.*), doit veiller à la sûreté et à la tranquillité des citoyens ; il faut « qu'elle prévienne les cas fortuits et autres accidents ; qu'elle empêche les violences, les homicides, les vols, larcins, et autres crimes de cette nature ». « La discipline des mœurs, disait-il encore (*ibid.*), qui fait le second objet de la Police, embrasse tout ce qui est nécessaire pour réprimer le luxe, l'ivrognerie, et la fréquentation des cabarets à des heures indues ; l'ordre convenable pour les bains publics, pour les spectacles, pour les jeux, les loteries, pour contenir la licence des femmes de mauvaise vie, les jureurs et blasphémateurs, et pour bannir ceux qui abusent le public sous le nom de magiciens et de devins ».

2. — Nous retrouvons ici les *bonnes mœurs*, qui apparaissent nettement comme un aspect de l'ordre public.

Quel est en effet le but véritable des lois qui imposent aux citoyens, au mépris de leurs droits naturels, une existence saine et convenable ? augmenter les possibilités de rendement des citoyens, les mettre dans les meilleures conditions possibles pour travailler.

Car, ainsi que je l'ai déjà montré, il ne faut pas confondre la Morale, loi intérieure qui pousse l'homme vers l'Absolu, c'est-à-dire vers la Vie dans sa parfaite réalisation, et la morale sociale, dite « *les bonnes mœurs* », règles extérieures imposées aux individus par l'Eglise ou par l'Etat dans un but de décence et de moralité publiques. Ces règles exigent une vie non pas à proprement parler morale, mais une vie décente qui ne heurte pas les habitudes d'existence et de pensée de la majorité, et ne risque pas d'être un élément de désordre. Il faut être *convenable*. Ce n'est pas au nom de la Morale que les bonnes mœurs s'imposent, c'est au nom de la paix publique, de la discipline intérieure de l'Etat. Bien entendu, ces règles ne sont pas arbitraires. Car, si elles l'étaient, elles manqueraient leur but : imposant une façon de penser et de vivre *normale*, toute leur efficacité vient de ce qu'elles sont

le reflet d'une opinion moyenne. Cette opinion moyenne reflète-t-elle la Loi Morale ? Pas forcément. L'organisation de la famille, en soi, est complètement étrangère à la Loi Morale. La polygamie, le nudisme, sont-ils contraires à la morale ? A *notre* conception actuelle de la moralité, oui. Mais à la Loi Morale en soi, certainement non.

Les bonnes mœurs s'imposent donc, non pas au nom de la Loi Naturelle, mais au nom du bon fonctionnement de l'Etat. Les bonnes mœurs sont une partie de l'ordre public. C'est une tradition romaine (V. *supra*, le Droit romain), qui fait des bonnes mœurs une notion différente de l'ordre public. Mais, en fait, ces deux expressions sont presque toujours accolées, et on glisse bien souvent des bonnes mœurs à l'ordre public. Le code civil allemand a fondu ces deux notions sous le même terme de bonnes mœurs (*die guten Sitten*) : c'est ainsi que l'article 138 parle dans son alinéa 1 des bonnes mœurs, et dans son alinéa 2, toujours sous le même mot, vise en réalité l'intérêt public, la morale économique et non plus la moralité. Les Américains, de même, fondent sous le même terme de *public policy* ou de *police power* les bonnes mœurs et l'ordre public (V. Th. H. Healy, Théorie générale de l'ordre public, Recueil des cours de l'Académie de Droit international, 1925, IV, p. 407).

Les bonnes mœurs sont donc une nécessité nationale au même titre que l'ordre public. Elles sont un aspect de l'ordre public. C'est pourquoi l'Etat se doit de les imposer aux citoyens.

Déjà, dans la République romaine, Caton, en instituant une vigoureuse censure, avait-il un autre but que de contribuer à la prospérité de l'Etat, alors qu'il se proposait, selon Plutarque, « de couper et brûler, comme les têtes d'une hydre, les délices, la volupté, et la supercherie, qui s'étaient coulées en la chose publique » ? Et J.-J. Rousseau, lointain successeur de Caton, qui aimait la vertu et gémissait de ne pouvoir la suivre en son privé, ne se consola jamais de la perte d'une

institution « essentielle, à son gré, à l'ordre social » (V. Etienne Fournol, *Entre le Droit et la Vertu*, 1931).

Telle était aussi l'idée qui guidait Balzac lorsqu'il déclarait le christianisme « un système complet de répression des tendances dépravées de l'homme, et le plus grand élément d'ordre social ». En cela il se rapprochait d'ailleurs de Taine, qui terminait ses *Origines de la France contemporaine*, par cette déclaration : « Les mœurs publiques et privées se dégradent... L'égoïsme brutal ou calculateur reprend l'ascendant, la cruauté et la sensualité s'étalent, la société devient un coupe-gorge ou un mauvais lieu. Il n'y a que le vieil Evangile pour nous retenir sur notre pente fatale, pour enrayer le glissement insensible par lequel, incessamment et de tout son poids originel, notre race rétrograde vers ses bas-fonds ». Portée sociale des règles de morale pratique établies par la religion, et créant une atmosphère d'ordre et de paix, dans laquelle les citoyens peuvent collaborer efficacement à la prospérité de l'Etat. L'Italie fasciste ne considère-t-elle pas la religion comme une condition essentielle pour le développement de l'Etat ? (Traité du Latran ; v. Bortolotto, Cours de Droit pénal, Congrès universitaire de Davos, 1930). Et, près d'un siècle avant, Ferdinand Walter préconisait de même une union intime de la religion et de l'Etat, « qui maintient le plus longtemps les forces nationales en pleine vigueur » (Manuel de Droit ecclésiastique, Paris, 1840).

Ainsi, pour que les citoyens, qui sont l'élément essentiellement productif de la nation, puissent produire, il leur faut une atmosphère de sécurité, une existence saine et *convenable*, que l'Etat imposera, au nom de l'ordre public, au mépris de la liberté individuelle.

3. — Bien plus : pour inciter le citoyen à produire davantage, peut-être faut-il lui donner un intérêt personnel à produire : ce sera l'espoir d'améliorer sa condition, de satisfaire ce besoin naturel d'étendre et d'intensifier sa vie. Et, par là, nous sommes ramenés au droit de propriété envisagé non plus

comme un droit naturel, mais comme un droit légal concédé à titre de stimulant pour la production, droit non plus individuel mais social, bridé par des devoirs sociaux, et que l'Etat peut retirer si l'on en mésuse ou si l'on n'en use point. Le droit de propriété ne serait plus alors considéré comme fondé sur l'ordre naturel mais sur l'ordre public. Et c'est pourquoi, en droit international, tout le droit qui concerne les immeubles, la propriété de la terre féconde source de toutes les richesses, est considéré comme intéressant l'ordre public. « La mystique du territoire est étroitement liée au respect de la propriété privée »... (Sieburg, Dieu est-il français? p. 109). Quiconque porte atteinte à la propriété détermine plus qu'un simple dommage matériel, mais nuit à la vie même de la nation (*ibid.*).

La vie de la nation est intéressée à l'établissement du droit de propriété. Mais, en poussant plus loin le raisonnement, n'arriverait-on pas à découvrir que le principe de liberté sur lequel nous vivons depuis 1789 n'a pas d'autre fondement légal que d'être le meilleur stimulant qu'on puisse donner à l'homme pour l'inciter à produire le plus possible ? Déjà, les Romains l'avaient affirmé en favorisant les affranchissements.

On est alors amené à ceci que le droit de liberté est accordé par l'Etat à condition qu'on en use conformément à l'intérêt national, et, tout comme le droit de propriété, l'Etat peut l'enlever si l'on en use de façon à porter atteinte à la prospérité de l'Etat. N'est-ce pas déjà, dira-t-on, ce que fait l'Etat quand il emprisonne ? Non, car, ce faisant, il reconnaît qu'il agit contrairement au droit naturel pour sauvegarder la société. Mais le jour où la liberté ne serait plus qu'un droit accordé par l'Etat dans les limites de la prospérité nationale, il ne saurait plus être question de droit naturel. L'ordre public aurait tout absorbé. Et l'Etat pourrait retirer la liberté, non seulement parce que l'on en aurait mal usé, mais parce que l'on n'en aurait pas usé dans le sens visé

par la loi : ne rien faire serait mal faire. On retournerait ainsi à l'*Utopia* de Thomas Morus, où la paresse était punie de l'esclavage, de telle sorte que le travail était assuré par les esclaves et par ceux qui avaient peur de le devenir.

C'est à cela qu'on arrive en faisant de l'Etat, et non plus de l'individu, la cellule génératrice du droit.

Nous assistons aujourd'hui à une évolution dans les législations. A l'individu fin en soi se substitue peu à peu le producteur, élément de richesse nationale. Le droit au travail se transforme en devoir de travailler, conception que l'on trouve déjà dans Domat (V. *supra*, L'Ancien Droit français), et qu'on retrouve impliquée aujourd'hui plus ou moins dans toutes les législations. C'est ce qui explique le développement du droit du travail, et les mesures de protection à l'égard des travailleurs.

L'Etat fasciste, en particulier, tend ouvertement à créer des « producteurs », qu'ils soient entrepreneurs ou ouvriers, techniciens ou employés. Le travail est élevé au rang de devoir social « vers l'amélioration de la production nationale ». « La nation italienne est un organisme ayant ses buts, sa vie et ses moyens d'action supérieurs comme puissance et degré aux individus groupés qui la composent ». La propriété, comme le capital et le travail, sont considérés comme des fonctions économiques et sociales qui tendent à l'amélioration de la production nationale. D'où, quand l'initiative privée est insuffisante pour rendre les capitaux productifs, l'Etat doit intervenir par le contrôle, des encouragements, ou même la « gestion directe ».

Dans cette conception, les citoyens sont uniquement des « collaborateurs de la production ». Tout acte contre la production est une infraction au devoir social et sera réprimé au nom de l'ordre public, par exemple l'interruption du travail, grève ou lock-out. Le salaire sera la rétribution de la production. Capital et travail sont au même niveau : une « justice d'Etat » détermine ce qui revient à chacun suivant ce qu'il apporte à l'économie de la production.

L'individu est devenu une force sociale ; il est englobé dans une force productive qui est « fusion, contribution des énergies, unité de volonté organisée par l'Etat, lequel, en restant souverain et unité des forces productives, crée l'organisation juridique de la société ».

L'individu est « appartenance à l'Etat ». (Pour tout ceci, v. Bortolotto : La charte du travail et les corporations, Congrès universitaire de Davos, 1930.)

Dans une telle conception, le Droit a pour objectif la vie nationale : l'ordre public est tout. Dans la conception française traditionnelle au contraire, fondée en principe sur l'ordre naturel, le Droit a surtout pour objectif la vie humaine : l'ordre public ne sera que l'exception.

Toutes les fois qu'une loi est d'ordre public, elle considère en l'homme le citoyen, agent de production et élément de richesse nationale, — et non pas l'individu. L'homme est alors moyen et non fin, objet de droit et non sujet de droit.

De plus en plus, aujourd'hui, l'homme perd sa valeur individuelle pour devenir une part du capital national. Ce capital humain a une valeur considérable, qui a été estimée, en Angleterre et en Amérique, comme étant cinq fois plus grande que celle de l'ensemble de tous les biens meubles et immeubles appartenant tant aux pouvoirs publics qu'aux particuliers. (Docteur René Sand : Le service social à travers le monde, Paris, Colin, 1931). De là les efforts constants de chaque nation, à l'heure actuelle, pour sauvegarder son capital humain et pour accroître la valeur physique et intellectuelle des citoyens, en particulier de la classe ouvrière, la plus déshéritée jusqu'alors. A l'assistance-charité dont se désintéressait autrefois l'économie politique, s'est substitué un « service social », toute une législation, dite sociale, qui a pour but de protéger et de développer les classes pauvres. Car, loin de croire, comme les utilitaires du début du XIX^e siècle, que tout l'argent consacré aux secours distribués aux malheureux est perdu pour la production, on sait aujourd'hui

que la prospérité nationale dépend en grande partie des hommes qui composent la nation, et que l'aide sociale n'est pas seulement une bonne action, mais une bonne affaire.

C'est l'Allemagne qui a fait, dans ce domaine, l'effort le plus grand. C'est elle qui a été la première à organiser l'assurance contre la maladie, l'invalidité, la vieillesse, le chômage. Depuis la guerre, elle a surtout développé les œuvres de protection de la jeunesse par un réseau complet de bureaux cantonaux, provinciaux, d'Etat, et fédéral, qui poursuivent un triple but : 1° protéger individuellement tout enfant menacé par des circonstances adverses (*Jugendfürsorge*) ; 2° développer les institutions de protection de l'enfance (*Jugendpflege*) ; 3° aider les organisations créées par les jeunes eux-mêmes (*Jugendbewegung*).

On peut critiquer les méthodes du Reich. Il n'en convient pas moins de méditer sur cette expérience d'un grand pays industriel, préoccupé avant tout de produire, et qui n'a point marchandé quand il s'est agi d'organiser l'assurance sociale, dans le but de réduire les pertes de forces et de vies humaines, et d'accroître son capital humain, élément essentiel de la valeur nationale.

C'est la même idée qui guide l'Italie dans l'établissement du plan grandiose de travaux prévus par son Institut de la Prévoyance sociale et dans le développement de son Institut national des assurances (Feuille d'Informations corporatives, Rome, août 1933). « Lorsque la lutte économique étreignait tous les peuples, a déclaré M. Biagi, c'était une condition nécessaire et indispensable pour une nation jeune, que d'éviter toute cause de dispersion d'énergie et de force... » (Discours de M. Biagi à la Conférence Internationale du Travail, à Genève, XVI^e session).

Et la Russie des Soviets, dans sa rigoureuse organisation médicale, n'a pas d'autre objectif.

§ II. — VIE SPIRITUELLE DE LA NATION.
CONCEPTIONS NATIONALES DE LA CIVILISATION

1. — La Nation n'a pas qu'une valeur matérielle. Elle a aussi une valeur spirituelle, que l'Etat s'efforcera également de conserver et d'accroître.

Toutes les lois sur les monuments historiques, sur la protection des sites, etc., sont autant de lois d'ordre public venant restreindre le droit de propriété individuelle pour conserver ou augmenter la valeur esthétique de la nation.

Dans les considérants du décret espagnol du 2 juin 1931, on trouve exprimée cette idée que la valeur actuelle des œuvres d'art qui se trouvent en Espagne est due notamment aux travaux des érudits et des critiques, « sans intervention des possesseurs, et même quelquefois malgré leur opposition tenace ». Et ce décret interdit la vente de certaines œuvres à l'intérieur du pays, sans l'autorisation du gouvernement. Un autre décret interdit l'exportation d'œuvres antérieures à 1830, et d'une valeur supérieure à 50.000 pesetas. Un troisième organise l'inventaire général des œuvres et objets d'art. Un autre enfin prévoit l'intervention urgente de la Direction des Beaux-Arts et des gouverneurs de provinces pour la préservation d'œuvres qui sont en danger de se détériorer. Enfin, les congrégations religieuses seront obligées d'exposer à certaines dates et dans certaines conditions, des œuvres en leur possession.

Tous ces textes, qui cherchent à préserver la valeur artistique de la nation, sont des lois d'ordre public.

Toutes les nations tendent également aujourd'hui à perfectionner leur mécanisme intellectuel pour augmenter la valeur intellectuelle nationale. La Grande Bretagne a promulgué une grande loi nouvelle sur l'instruction publique : qu'elle ait pu ou non l'appliquer, peu importe ici. La Russie des Soviets a fait de l'instruction généralisée le fondement théorique du nouveau régime. En France, le gouvernement

modéré a déclaré nécessaire une réforme de l'enseignement, qu'on essaye de réaliser. L'Italie fasciste a déjà réalisé une partie d'une semblable réforme, et mis successivement deux grands philosophes novateurs à la tête de l'administration universitaire (J. Luchaire : Principes de la coopération intellectuelle internationale, Académie de Droit inter., Rec. des Cours 1925, IV, 359).

Suivant l'exemple des autres pays, la République espagnole a cherché aussi à augmenter la valeur intellectuelle de la Nation, en créant de nombreuses écoles (il y a en Espagne 62 % de gens qui ne savent ni lire ni écrire). On veut créer 27.000 écoles nouvelles en 5 ans.

Mais, dira-t-on, des lois qui mettent, à la disposition des individus, des établissements pour leur permettre d'accroître leur valeur intellectuelle, c'est-à-dire leur vie spirituelle, sont des lois servant l'ordre naturel (défini dans le chapitre précédent) ? Certes. Mais, lorsque ces lois ne se contentent pas de rendre possible cet accroissement de valeur, lorsqu'elles l'imposent (instruction obligatoire), elles sont une restriction certaine à la liberté individuelle au profit de la valeur spirituelle de la Nation ; ce sont des lois d'ordre public. Elles considèrent non pas l'homme en soi, mais en tant que citoyen facteur de la Valeur Nationale.

La valeur spirituelle de la Nation, ce sera ce que l'on nomme civilisation, ou culture. « Les cultures sont des systèmes de valeurs que les sociétés élaborent et imposent ». (Emmanuel Berl, Conversion à l'humain, Nouvelles Littéraires, 29 août 1931).

2. — Mais, de même que chaque homme a un tempérament qui donne une orientation individuelle à son besoin d'élargir sa vie spirituelle, de même chaque Nation aura un *tempérament* spécial qui orientera sa notion de la civilisation.

La France, a-t-on dit (Salvador de Madariaga, Anglais, Français, Espagnols) est plus portée à s'étendre dans le sens

de la pensée, les Anglo-Saxons dans celui de l'action, les Espagnols dans celui de la passion. D'où des divergences dans le concept de civilisation chez ces trois peuples.

Notre concept de civilisation est une mystique du progrès conçu comme universel, c'est-à-dire humain et spirituel. La Kultur allemande met au contraire l'accent sur le progrès national et scientifique. Même lorsqu'elle cherche à étendre sa vie spirituelle, l'Allemagne pense *nationalement*, et ne conçoit pas que l'on puisse penser autrement. « Nous commençons, dit Friedrich Sieburg, à éprouver le besoin d'une pensée commune, d'un idéal commun, c'est-à-dire d'un ensemble de notions concernant la civilisation, la culture, et nos rapports en tant que nation avec l'humanité, qui serait commun à tous les habitants de l'Allemagne, et qui constituerait en quelque sorte l'Allemagne sur le plan spirituel » (Frédéric Lefèvre, Une heure avec Fr. Sieburg).

Les Allemands sont une *race*; leur esprit est *raciste*. « A l'avenir, le droit allemand sera le droit de la race », s'écrie M. Frick, ministre de l'Intérieur, à la nouvelle Académie du Droit, fondée à Leipzig, le 3 octobre 1933.

Les Français sont, au contraire, si l'on peut dire, une *race d'individus*. Ils ont davantage le goût de l'éternel, de l'universel. La France s'est toujours crue le peuple le plus qualifié pour mettre de l'ordre dans les choses de l'homme. Mais cet homme classique, est-il l'Homme, ou bien le Français idéalisé ? En isolant l'homme du cosmos (au contraire de l'Allemand), en généralisant ses tendances et en universalisant ses aspirations, avons-nous créé une notion totale de l'homme ou médité sur un super-Français ? En un mot, notre notion de l'homme n'est-elle pas aussi une création purement nationale et que nous croyons universelle parce qu'elle participe à notre passion de l'éternel ?

La civilisation n'est pas une discipline universellement valable — et encore moins je ne sais quelle mission à quoi l'homme serait dédié. La Civilisation n'existe pas : il y a des

civilisations, c'est-à-dire des tendances nationales à une vie spirituelle, orientées diversement suivant les possibilités d'intensification inhérentes à chaque tempérament national, ou fonction des circonstances. Ce sont des hiérarchies de valeurs. Au sommet, le Persan mettait le courage, l'Athénien la beauté, le chrétien l'amour. Ici l'on révère le prêtre, là le guerrier.

Les cultures signifient qu'une société a acquis une forme assez consistante pour modeler la jeunesse qu'elle éduque selon l'idéal vers lequel s'élargit sa vie spirituelle. Montherlant ferait-il comprendre à Gandhi la culture tauromachique ?

Les cultures naissent, vieillissent et meurent, comme les groupes humains qui les élaborent ⁽²⁾ et dont elles constituent la vie spirituelle. Elles sont une manière nationale de vivre par l'esprit. « Le royaume de l'esprit est pour le Français statique, pour nous dynamique », affirme Ernst Robert Curtius dans sa grande Synthèse sur la France. Et, avant lui, Sieburg (Dieu est-il Français) avait dit de même que la France « n'est pas orientée vers l'avenir, elle est orientée vers le passé. Elle tend à empêcher que ne soit ébranlé le *statu quo* », ce que Bernard Grasset appelle « la résistance tout humaine qu'oppose à l'aventure quiconque possède et doit transmettre » (Lettre à Sieburg). C'est, au fond, l'Être, le *Sein* (le latin), opposé au *Werden* germanique. Ordre, stabilité, sécurité, pondération, idées nettement circonscrites ; conserver à l'extrême la notion de durée dans la permanence de l'être sensible et métasensible, tel est le propre de l'esprit celto-latin. Alors que, dès le Rhin, commence un état de conscience qui va jusqu'à la Chine et qui n'a aucun souci de cet éternel conçu, mais plutôt l'ivresse de perdre son moi dans le cosmos. C'est le conscient éternel opposé à la déperdition cosmique. Opposition d'ailleurs plus apparente que réelle, car, je l'ai montré plus haut (ch. I, sect. II), dans l'un et l'autre cas, ce qui est recher-

(2) SPENGLER prétend même que leur durée normale est de mille années. (*Le déclin de l'Occident.*)

ché c'est une intensité plus grande de vie, soit par la compréhension, soit par le sentiment ou la sensation.

D'ailleurs, le contenu de la civilisation n'est pas immobile. Ernst Robert Curtius a montré que certains Français vivent, comme les Allemands « dans un *devenir* qui nous presse, qui nous donne des ailes à tous ». Les noms, on les devine : Gide, R. Rolland, Péguy, Suarès, Charles-Louis Philippe ; puis dans une deuxième série : Proust, Larbaud, Paul Valéry, tous ceux qui font « éclater les frontières intellectuelles de l'ancienne France » (Curtius). Sous l'influence de Bergson et d'Einstein, notre notion de la durée se rapproche de plus en plus de la conception allemande. Et, dans le rappel farouche à l'énergie qui semble, dans notre littérature actuelle, comme une réaction générale contre la littérature de 1920-30 (V. par exemple *L'Escadron blanc*, de Joseph Peyré, *Vol de Nuit*, par Saint-Exupéry, etc.), perce un désir de « dépassement de soi » non pas par la liberté, mais par « l'acceptation d'un devoir » (Gide, Préface de *Vol de Nuit*).

La Liberté, telle que l'a conçue le XVIII^e siècle, que le XIX^e a essayé de la réaliser, meurt à peu près dans le monde (V. *Décadence de la Liberté*, par Daniel Halévy, Grasset, 1931). Elle a disparu de la Russie, de l'Italie, elle disparaît de l'Allemagne. En France, elle n'est qu'apparente. Partout de formidables organismes sont en vigueur, qui font plier l'individu sous une loi collective. « Toute une éthique nouvelle s'affirme : la masse et la série remplacent la qualité, l'équipe se substitue à l'individu » (André Siegfried, *Tableau des partis en France*). La vieille idéologie de 89, que peut-elle faire là contre ? Problème tragique, assure M. Siegfried. Les grandes banques, les grandes sociétés industrielles, et d'autre part les syndicats, les organisations ouvrières, restreignent de plus en plus la place aux individus. La presse est entre les mains d'intérêts puissants, soumise à la publicité. Les journaux d'information, le cinéma, la radio, endorment peu à peu l'opinion ; c'est l'idéal américain. Nous serons peut-être un jour

un bétail humain relativement heureux, derrière lequel agiront les banques, les industries, l'Etat. Et personne, peut-être, ne regrettera la Liberté perdue...

Un point certain, c'est que le Français qui donne le ton aujourd'hui est « dans les affaires », écrit Drieu La Rochelle dans les *Nouvelles Littéraires* du 7 nov. 1931, en réponse à Julien Benda. Et il poursuit : « Or, ce Français, dans les disciplines de l'industrie et du commerce, apprend qu'il n'est plus question d'être Pierre ou Paul, de cultiver son moi, mais de travailler à tel ou tel poste dans des entreprises collectives... En tout cas, il ne s'intéresse plus guère à des objets purement spirituels comme la justice ou la vérité... C'est que le Français observe des mots d'ordre, ceux que lui donne la presse tous les matins. Ces mots d'ordre ne sont nullement spirituels ou ils sont spirituels dans la mesure qu'il entre du spirituel dans la réclame. La presse française, comme toutes les presses, est une entreprise de réclame nationale. Car les Français sont encore tout occupés en ce moment, comme tous les autres peuples, à transporter leurs nouveaux appétits économiques dans le vieux vocabulaire nationaliste... Bref, le Français, que vous me montrez individualiste, frondeur, et politicaïlleur, je le vois pris par l'esprit d'équipe, réaliste, moutonnier, et voulant parler économie, mais par malheur empêtré dans le vocabulaire des vieux journalistes politiques et des diplomates ».

« Esprit d'abord », tel était l'axiome français, qui se transforme peu à peu en : « économique d'abord », vérité d'aujourd'hui par quoi le plus grand nombre prétend répondre à toutes les questions qui surgissent entre les peuples.

C'est, prétendent deux jeunes écrivains (R. Aron et A. Dandieu, *Décadence de la Nation française*); parce qu'elle a perdu le culte de la liberté individuelle par elle inventé et qu'elle avait tenté d'imposer à tout l'univers, que la France est au déclin de sa force spirituelle.

Ou bien, disent-ils, la France acceptera la formule indus-

trialiste, et elle abandonnera « toutes prétentions au prestige extérieur comme à l'originalité spirituelle », — et c'est la fin de sa vie spirituelle, ou bien elle reprendra conscience de sa « tradition individualiste » et de sa « force révolutionnaire », et vaincra l'industrialisme — et ce sera reprendre l'élargissement de sa vie spirituelle.

3. — Dans ces prédictions, ces cris d'alarme, ces lamentations, il m'apparaît une confusion.

Deux courants sont à distinguer :

1° A l'individu se substitue le collectif.

2° A « esprit d'abord » se substitue « économique d'abord ».

Je reprends ces deux points.

A. — *Le collectif tend à primer aujourd'hui l'individuel.* — D'où un désaccord actuel entre un ordre juridique à tendances foncièrement individualistes et les exigences d'une solidarité sociale en progrès continu.

La fonction du Droit, qui se bornait jusqu'à présent à assurer la co-existence paisible des libertés individuelles, semble devoir être aujourd'hui de contraindre ces libertés pour les faire collaborer à la prospérité du groupe.

Le droit naturel se déplace; il passe de l'individu au groupe (V. *supra*, ch. I, sect. I, § II). Le groupement professionnel impose sa loi aux individus qui le forment, mais tous les droits que l'on reconnaissait comme étant naturels à l'individu, semblent être reconnus aujourd'hui à ce groupement : droit à l'existence, liberté, propriété, etc...

Peu à peu, la vie moderne obligeant les hommes à se grouper, la vie du groupe devient la condition essentielle des vies individuelles. L'ordre naturel reste bien la loi de vie appliquée aux individus, mais, dans les rapports sociaux, le groupe se substituant à l'individu au nom même de la vie individuelle, le droit naturel va s'appliquer au groupe et devenir un droit collectif : le droit du groupe à l'existence, avec toutes ses conséquences ; la morale sociale va devenir un devoir collectif : le devoir pour le groupe d'accroître sa vie.

Ce faisant, la France ne renonce pas à son culte du Droit Naturel et à son individualisme. Au sein du groupe dont il est l'essence et la raison d'être, l'individu reste le véritable sujet du droit naturel. Les grands principes abstraits, formules de vérités éternelles, sont sauvegardés. La France reste dominée par un individualisme qu'elle conserve dans les cadres du collectif.

La vie collective est, pour le Français, la condition de la vie individuelle. Pour tout ce qui ne met pas en péril la vie du groupe, l'individualisme reprendra sa force, et l'individu redevient l'Homme, fin ultime de l'ordre naturel. A travers le réseau serré de la solidarité professionnelle, la conscience individuelle garde gravée en elle la loi de Vie appliquée à l'homme, qui est le droit à l'existence et le devoir d'accroître sans cesse sa vie.

Pour bien comprendre la singularité de cet individualisme persistant sous la poussée de la solidarité, il faut considérer la vie collective d'autres peuples, où le groupement professionnel n'est plus le moyen pour l'homme de vivre, mais l'unité vivante qui remplace l'homme, — donc plus d'individualisme, — et où ce groupe n'est plus considéré dans son unité naturelle, mais dans son rapport à l'Unité-Etat, — donc plus de droit naturel.

Il est évident que le développement d'une vie spirituelle individuelle indépendante de la vie spirituelle nationale devait se faire plus facilement quand il y avait peu de nations : par exemple, à la chute de l'empire romain, à l'heure où la grande nation s'effondre et où les petites n'existent pas encore; ou à l'époque où la plus grande partie de l'Europe n'est encore qu'un chaos qui ne connaît pas de nations (c'est l'époque des Th. d'Aquin, des Roger Bacon, des Galilée, des Erasme). C'est avant de s'affirmer comme nations que l'Allemagne et l'Italie ont produit les plus purs amants du spirituel. En 1806, Hegel, au lendemain d'Iéna, n'avait d'autre souci que de trouver un coin pour philosopher ; en 1813, Scho-

penhauer était parfaitement indifférent au soulèvement de l'Allemagne contre Napoléon, etc...

Cependant, même dans le cadre national, le Français garde son aspiration à une vie spirituelle individuelle par laquelle il cherche à se sentir, par delà le groupe, par delà la nation, sur le plan de l'universel.

B. — *L'économique tend à primer le spirituel.* — Le mot d'ordre général est l'intérêt économique, l'intérêt de la production. Cela est un fait. Mais, faut-il, avec certains docteurs, voir dans ce fait le triomphe définitif du matérialisme, et se lamenter sur la mort de l'Eternel ?

a) Il ne faut pas détacher la vie spirituelle de la vie totale. Elle n'est qu'une partie de la vie, et qui a besoin, pour être, du support de la vie physique.

Quand une Nation est dans sa plénitude physique, sa vie, pour s'accroître, s'élargit et s'étend dans le domaine du spirituel. Un moment d'épanouissement spirituel national est presque toujours en même temps un moment de paix et de prospérité.

Lammennais a dit qu'il faut un minimum de bien-être pour la vertu ; on peut en dire autant pour la civilisation, — minimum qui varie d'ailleurs suivant les pays. On m'objectera peut-être qu'Erasme et Thomas d'Aquin n'avaient proprement pas de patrie, que Goethe a écrit dans un pays couvert des armées de l'étranger... Sans doute, mais, ce faisant, ils ont élargi leur propre vie spirituelle et donné à tous les hommes des éléments pour accroître la leur ; il s'agit de génies isolés et non d'un épanouissement spirituel national ; nous sommes ici dans le domaine de l'ordre naturel — humain — et non dans celui de l'ordre public — national.

Mais, que la Nation sente ou redoute une véritable diminution dans sa vie physique, toutes ses forces vives mobilisées s'appliqueront à faire cesser cette sensation de *manque*. Tel un homme intellectuel atteint par la maladie ramène en général sa pensée des hautes spéculations abstraites à une concrète cuillerée de potion.

Seulement, si l'épanouissement est accidentellement et pour longtemps arrêté, la vie de la nation se refoulera tout entière sur le plan spirituel (Cf. *supra* l'individu, ch. I, sect. II). C'est pourquoi la Grèce conquise a fait des œuvres qu'envierait maint peuple libre.

Mais toutes les fois que la Nation, menacée dans son territoire, voit une possibilité immédiate de se garder intacte, elle se dresse armée pour défendre son intégrité. Menacée dans sa productivité, sa richesse matérielle, elle emploiera toute son énergie; toutes ses possibilités, à reconquérir sa saine prospérité. Il ne faut pas là crier au matérialisme. La santé revenue, ce sera peut-être l'esprit qui, à son tour, primera l'économique.

Certains pays ne voient pas en leur matérialisme actuel une décadence, parce qu'ils ne s'étaient pas vus, auparavant, à ce stade de plénitude où la vie s'épanouit dans le domaine du spirituel.

En Italie, les *balillas*, l'entraînement militaire de la jeunesse, sont œuvre de formation nationale plus encore que préparation guerrière. Mussolini est en train de forcer l'Italie à *exister*, et puis à s'accroître. « Il faut imposer catégoriquement un principe d'italianité, déclarait à Venise, le 11 décembre 1926, le Ministre italien de l'Instruction publique et des Beaux-Arts. Quiconque copie l'étranger est coupable de lèse-patrie, comme un espion qui fait entrer l'ennemi par une porte dérobée ».

Maintenant unifiée et prospère, l'Italie, sans doute, commence à penser.

Au pays des Soviets, la muse des poètes s'est faite servante de l'Economique. On a fait des « brigades d'écrivains soviétiques ». Chaque brigade, comprenant de 5 à 12 membres, écrivains communistes ou sympathisants, est complètement soumise à la Confédération des Ecrivains soviétiques, association officielle en liaison étroite avec les organes gouvernementaux. Ceux-ci peuvent, à un moment donné, envoyer

n'importe où une brigade mobile pour faire de la propagande écrite ou orale, pour assister à une inauguration d'un intérêt national, ou enfin pour chanter une victoire sur tel ou tel front agricole, industriel, artistique, etc... Les écrivains envoyés par la Confédération sont obligés de faire parvenir au siège de celle-ci des comptes rendus de leurs travaux. En terminant un rapport, publié récemment par *la Gazette Littéraire*, organe officiel de la Confédération des Ecrivains Soviétiques, M. Besimensky, poète, auteur dramatique et essayiste, déclarait: « Toutes les organisations littéraires, tous les groupements littéraires, il faut les réunir par des questions de lutte du jour. Le pays ne nous pardonnerait jamais notre inaction. *Il a tous les droits sur nous*. En avant, les écrivains et les poètes. Des vers peuvent faire de l'acier, et *c'est d'acier que notre pays a le plus grand besoin* ». Un peu plus haut il avait dit: « Dès que nous aurons de l'acier, nous aurons du beurre ».

C'est dans le même esprit que l'Allemagne Hitlérienne assimile aujourd'hui la profession de journaliste à une fonction publique dont les droits et les obligations sont réglés par la loi (Loi sur les journalistes du 4 octobre 1933). « Le gouvernement, proclamait le Ministre Goebbels, n'attache aucun intérêt à former des nègres qui mettent leur plume à son service: il veut des hommes sincères, *mais décidés à mettre leur plume au service des grandes tâches nationales* » (Discours du 4 octobre 1933 à la Maison de la Presse allemande, à Berlin).

b) D'autre part, il ne faut pas oublier que la vie spirituelle des nations est fonction du tempérament de chacune d'elles.

Les Nations, en effet, ont, comme les individus, un *tempérament*, une *tendance principale*, qui influera sur l'orientation de leur vie. Cette tendance, c'est une force spontanée dont l'unique fonction est de *tendre* vers un maximum de vie. Chaque type obéit à sa tendance naturelle spécifique, subordonne tout au service de cette loi qu'il incarne.

Si l'accroissement dans le spirituel semble à la France une loi impérieuse, une loi vitale inhérente à son être, il n'est pas douteux qu'il n'en sera pas identiquement de même dans tous les pays. Les Anglais, par exemple, chercheront de préférence leur accroissement de vie dans une intensité d'action, dans l'aventure. L'Angleterre intensifiera sa vie beaucoup moins par son enrichissement spirituel que par le libre jeu de ses forces physiques. Le dépassement de soi sera pour elle moins dans le jeu de sa pensée que dans le jeu de ses muscles, dans l'adaptation parfaite du joueur au jeu considéré dans son ensemble. C'est le fair-play, qui « exige un certain effacement de l'individu devant l'équipe, et même de l'équipe devant le jeu. Mais cet effacement n'est pas annulation. Loin de là, il aboutit au rendement maximum de l'individu dans un ensemble parfaitement organisé. C'est cette appréciation intuitive et instantanée de l'équilibre entre l'individu et la collectivité qui est la caractéristique du fair-play » (Madariaga, Anglais, Français, Espagnols).

A l'origine de la philosophie anglaise il est une méthode instinctive et empirique, le développement naturel du type humain spécialisé dans l'action.

Quant aux Espagnols, ils chercheront plutôt l'intensité de leur vie spirituelle dans la passion. Leur but est de vivre et de se sentir vivre. Ils contemplent et laissent passer en eux l'ensemble de la vie. Leur pensée, dédaigneuse de l'effort intellectuel, est intuition, et c'est à même la nature que chaque individu cherche les sources de l'intuition (Madariaga, *op. cit.*).

De ces différences dans les tempéraments nationaux, proviennent les différentes formes de cultures : la culture dans le « faire » (*Machenkultur*), la culture dans le « choix » (*Wertenkultur*), la culture dans la « connaissance » (*Kennenkultur*) (V. Eugenio d'Ors, professeur à l'Université de Madrid, dans son Cours 1931-32 sur la science et l'histoire des cultures).

Les nations dont la tendance principale est le *faire* seront plus naturellement orientées vers la recherche d'une intensité de vie conçue comme un accroissement surtout physique ; elles auront donc une culture imprégnée surtout d'idées de guerre, ou de commerce et d'industrie, de travail.

Celles qui ont une tendance plus marquée à chercher dans le *sentir* leur accroissement de vie, auront une culture pivotant autour de valeurs sensibles, pétrie de poésie et de religion.

Enfin, celles qui sont davantage portées à chercher leur accroissement de vie dans le *penser*, auront une culture qui sera plutôt une conception du monde, une philosophie.

Ces différentes cultures ne seront que différentes conceptions nationales de la Loi de Vie qui commande de s'accroître et que chaque individu subit davantage ou dans son corps, ou dans son cœur, ou dans sa pensée, suivant la tendance principale qu'il porte en soi.

La culture, ou vie spirituelle de chaque nation, sera donc en définitive une conception nationale de l'ordre naturel.

Cette vie spirituelle, qui n'est qu'un des éléments de la vie totale des nations, qui en est pour ainsi dire l'âme (V. Ed. Quinet, *Les Romains*), varie avec les tempéraments nationaux, qui eux-mêmes évoluent au cours de l'existence des nations — et s'affirme différente suivant l'état de vie, à un moment donné, de chaque nation.

4. — On comprend que, si tout le monde est forcé de reconnaître cette Loi de Vie impérieuse, cet ordre naturel qui s'impose à tout ce qui vit, il y ait des divergences infinies dans la façon de la concevoir. Ou bien on fera porter l'accent sur le *droit* de vivre, le droit qu'à chaque individu de chercher son maximum de vie dans la voie que lui ouvrent son tempérament et les circonstances, ou bien on mettra davantage en relief le *devoir* de vivre, on assignera à ce devoir un objet temporel, on canalisera les différentes tendances de vie indivi-

duelle pour en alimenter un déversoir collectif qui deviendra la cellule sacrée, siège de la vie, la cellule créatrice, et qui sera, soit le groupe professionnel, soit l'Etat, soit même un super-Etat, peut-être l'Europe.

Si les nations, prétend Drieu La Rochelle (L'Europe contre les Patries), ayant des assises, sont immuables, « chacune ne l'est que par rapport à une autre dans le cadre économique qui les a nécessitées toutes deux ». Elles s'usent au fond l'une l'autre, prétend-il, et seront renversées du même coup parce qu'inutiles lorsque se lèvera une nouvelle patrie, l'Europe, qui naît à la mesure de l'économie d'aujourd'hui. Ces idées sont aussi celles que Gaston Riou exprimait dans : *Europe ma patrie*, et que le comte Coudenhove-Calergi a tenté de mettre en pratique dans sa *Panuropa*. « La politique d'aujourd'hui, écrit encore Drieu La Rochelle, repose sur une économie morte. Qu'elle crève. Passons à l'économie nouvelle, d'où naîtra une politique nouvelle ».

Mais quelle sera cette économie nouvelle ? Une économie européenne, une autarchie, comme dit M. Caillaux, un plus vaste territoire douanier ? Cela ne suffit pas. Ce qu'envisage en particulier Drieu La Rochelle c'est une distribution nouvelle des forces économiques (agriculture, industrie, fabriques, mines, ports, etc.) au sein d'un nouvel Etat.

Cela n'est peut-être pas impossible. Qui donc aurait pu prédire, au Moyen-Age, devant le morcellement de souverainetés territoriales qu'était la France, qu'un jour ce pays, proclamé et devenu vraiment « un et indivisible », formerait un état homogène et fortement centralisé ? Et l'Allemagne et l'Italie actuelles, ne sont-elles pas nées d'une poussière de petits Etats qui se sont trouvés rapprochés par une nécessité économique ?

Les nations pourraient se rapprocher spirituellement par des cultures analogues, atteintes, par exemple, par la volonté persévérante d'internationaliser le droit. Une telle unification amènerait sans doute, en effet, l'unification dans les dif-

férentes conceptions nationales qui sont à la base des Droits : on créerait ainsi une civilisation européenne.

Et ne peut-on concevoir qu'un jour, peut-être encore très lointain, les nations, malgré leur nationalisme exaspéré d'aujourd'hui, enfin rapprochées par des intérêts économiques semblables et une culture analogue, se groupent et fusionnent pour former un super-Etat, ou encore une Fédération de grands ou de petits îlots autonomes ? (V. Pierre Daye, *L'Europe en morceaux*, Paris, 1932).

Sans m'attarder à l'idée de cet avenir désirable, je dois, dans cette étude, m'en tenir aux Nations telles qu'elles existent à l'heure actuelle.

La Nation est une unité vivante et, comme telle, elle subit, dans sa vie matérielle comme dans sa vie spirituelle, la Loi de Vie, la Loi de dépassement. Elle tend sans cesse vers un maximum de *Vie*. Dans sa marche en avant, elle écrasera bien des libertés, elle bousculera bien des droits naturels. L'ordre naturel, par elle, sera souvent violé. N'importe, elle ira. Elle doit aller toujours plus avant si elle veut vivre. Comme tout ce qui vit, elle porte sa Loi en elle.

Cette Loi de vie qui s'impose à la Nation comme une nécessité intérieure, et qui s'oppose à l'ordre naturel, c'est l'ordre public, qui serait plus justement appelé l'ordre national. L'ordre public n'est donc autre chose que la Loi de Vie appliquée aux Nations.

Cette Loi de Vie, ou ordre public, se manifestera par des lois positives, qui imposeront des devoirs à l'homme non en tant qu'individu mais en tant que citoyen, c'est-à-dire qu'elles lui ordonneront des actes ou lui imposeront des abstentions ayant pour but non pas le développement de l'individu mais celui de la nation. Or, le développement matériel de la Nation ne pourra se réaliser qu'en disciplinant les efforts des citoyens, en les engageant de force, au nom de l'intérêt national, dans une voie unique, au lieu de laisser leur être s'épanouir librement dans le sens de sa tendance naturelle. L'ordre

public s'imposera donc en violant l'ordre naturel défini comme la Loi de vie s'appliquant à l'individu.

Mais nous avons vu que la conception d'un ordre naturel n'est pas universelle. Elle varie suivant les nations. Dans les pays où l'ordre naturel se fond en quelque sorte dans l'ordre public lui-même, la vie spirituelle de la Nation ne sera qu'une aspiration à se sentir, en tant que nation, sur le plan spirituel, et l'ordre public sera l'axe et le moteur du développement spirituel comme du développement matériel de la Nation. Au contraire, dans les pays où l'on n'a pas encore abandonné théoriquement le culte de l'Individu, la vie spirituelle nationale se développera en partant de l'individu. Qu'arrivera-t-il alors ? Si la Nation veut s'épanouir dans le spirituel, elle doit s'abaisser, dans ce domaine, devant l'individu qu'elle a annihilé dans le domaine du temporel. Tout en méconnaissant les droits de l'individu toutes les fois qu'ils gênent le développement matériel de la Nation, la Nation rendra hommage à cet individu, et le reconnaîtra, dans le domaine du spirituel, comme la valeur suprême. Et toutes les fois que cela ne nuira pas au développement matériel de la Nation, qui est, comme je l'ai montré, la base même de la vie nationale, la loi positive ou la jurisprudence pourront, au nom de la vie nationale, c'est-à-dire au nom de l'ordre public, imposer l'ordre naturel lui-même. L'ordre public, ici, ne s'opposerait donc plus à l'ordre naturel ?... S'il ne s'y oppose plus en fait, en théorie cependant il le nie encore. Car, s'il veut réaliser l'ordre naturel, ce n'est pas pour être fidèle au principe de l'ordre naturel lui-même : ce n'est pas en ayant pour but la vie de l'être humain et son développement.

L'ordre naturel est imposé ici comme un moyen. La seule chose en vue est la civilisation nationale, la richesse spirituelle nationale, la vie de la Nation. La valeur n'est pas l'Homme, mais uniquement la Nation. L'ordre naturel peut changer d'axe, et graviter autour de l'homme, ou du groupe, ou de la nation elle-même, sans que l'ordre public en soit

troublé. Car, lorsqu'il impose l'ordre naturel, ce n'est pas pour lui-même, mais en tant que conception nationale d'un ordre naturel, culture nationale, vie spirituelle de la Nation.

Ainsi, l'ordre public peut se définir : la *Loi de Vie* qui s'impose aux *Nations*, et qui fait tendre ces Nations vers un maximum de vie, dans la voie matérielle et spirituelle, suivant le tempérament de chaque nation, et suivant les circonstances.

Conclusion

Ordre

§ 1

Nous avons vu la notion d'ordre public naître et grandir à travers le droit romain, le droit canonique et l'ancien droit français, étroitement liée à l'idée de collectivité organisée, puis au concept plus complexe de Nation, et dressée contre l'application des principes d'ordre naturel, au nom de la vie de la nation.

Nous avons vu l'ordre public revêtir, dans le Droit français, deux formes : ordre public dit *interne*, invoqué à l'encontre des nationaux ; ordre public dit *international*, invoqué à l'encontre des autres nations et de leurs nationaux.

Dans ces deux formes de l'ordre public se retrouvent toujours les mêmes préoccupations de vie et de puissance nationales, en opposition avec un ordre naturel se rapportant essentiellement à la vie humaine.

Et nous sommes arrivés logiquement à cette constatation que le problème de l'ordre public ne prend une ampleur et une signification tragiques que dans les pays comme la France où l'individu reste encore à la base du Droit, c'est-à-dire dans les pays où l'ordre naturel, reposant sur l'idée d'homme, est posé comme principe premier et fin dernière de la Loi. Dans les pays, au contraire (Italie, Allemagne, Russie soviétique), où l'individu n'a de valeur qu'en tant qu'il a revêtu une personnalité sociale déterminée, où il ne vaut que comme partie d'un tout qui est la Nation, c'est la Nation qui est à la base de tout système juridique, et l'ordre naturel finit par se fondre dans l'ordre public qui l'absorbe.

C'est dans sa lutte contre l'ordre naturel, à travers tous les arguments donnés, semble-t-il, sans unité et sans méthode par la jurisprudence et la doctrine, pour justifier le triomphe de l'ordre public sur l'ordre naturel base du Droit, que j'ai cherché le fondement immuable de cet ordre public protéiforme.

C'est par l'ordre naturel que j'ai défini l'ordre public.

L'ordre naturel est l'ordre de Vie auquel obéissent tous les êtres vivants. L'ordre public est l'application aux Nations, réalités vivantes, de cette Loi de Vie universelle.

L'ordre public s'oppose forcément à l'ordre naturel, même lorsqu'il fait sien un principe de droit naturel, en ce qu'il considère toujours l'homme en tant que citoyen, élément de la vie nationale, et non en tant qu'individu, fin en soi.

§ 2

Ordre naturel, ordre public, ne sont donc que deux aspects de la Loi de Vie qui régit le monde des créatures, le monde de la « *vie créée* », aspirant à se fondre, par une intensification infinie de soi-même, dans la « *Vie incréée* ». C'est tout l'élan de l'humain vers le divin, du Temporel vers l'Eternel.

Il ne m'appartient pas ici de discuter sur le point de savoir si l'Eternel s'amorce dans le Temporel, c'est-à-dire s'il est immanent à l'humain, ou s'il est transcendant. Ceci importe peu en ce qui concerne cette étude. Que le divin soit conçu par différence d'essence avec le réel ou comme une sublimation de l'humain, la conception du Divin est conséquence de l'aspiration profonde de tous les êtres à la possession de l'*Etre*.

Tout ce qui vit doit vivre toujours davantage, jusqu'à se confondre avec la Vie elle-même. C'est une loi implacable que chaque être vivant porte en soi. L'homme la subit, et aussi la Nation.

Certes, la Nation n'a qu'une existence en quelque sorte artificielle ; c'est une fiction créée par les hommes eux-mêmes. Et, cependant, cette fiction qu'ils ont créée finit par les domi-

ner ; la Nation, détachée des hommes de qui elle est née, devient un être vivant qui porte sa fin en soi. Dès lors, elle subit l'implacable Loi de Vie. Elle s'accroîtra ou elle mourra. Sa vie, elle va désormais la défendre, et contre les hommes qui la lui ont donnée (ordre public interne), et contre les autres nations et leurs nationaux (ordre public international).

L'Ordre public est donc pour les nations ce que l'Ordre naturel est pour l'homme : un instinct de conservation et d'accroissement.

Toute mesure d'ordre public sera une réaction contre un danger intérieur ou extérieur, un effort de la Nation pour rétablir l'équilibre dans son organisme menacé et pour se replacer dans la voie de progression que la vie lui impose et que son tempérament et les circonstances lui ont tracée.

L'ordre public exige l'intégrité et le développement continu de la Nation dans tous ses éléments, aussi bien l'élément matériel (territoire, habitants), que l'élément spirituel (culture ou civilisation). La Nation l'invoquera, le brandira, tantôt dans tel domaine, tantôt dans tel autre, suivant l'organe en péril et sa place dans la hiérarchie des valeurs que chaque nation élabore selon son tempérament. D'où le caractère doublement mouvant de l'ordre public tel qu'il apparaît dans les lois et la jurisprudence, variant dans le temps et l'espace, se modelant avec souplesse d'une part sur les nécessités du moment, d'autre part sur les possibilités et les tempéraments nationaux.

C'est ce qui explique pourquoi des règles de droit naturel, qui semblent indifférentes à la vie d'une nation à un moment donné, paraissent en un autre temps essentielles à cette vie, et en un autre encore menaçantes.

Bien plus, la conception de l'ordre naturel lui-même n'est pas, nous l'avons vu, universelle et immuable. Elle varie avec les nations et suivant les époques. Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au delà. Il existe dans l'espace, et aussi dans le

temps, des Pyrénées qui changent la conception humaine du droit naturel, de la morale, de la vie elle-même.

Les mesures d'ordre public ont donc pour but d'empêcher l'application d'un droit naturel n'ayant d'immuable que son principe qui est la vie humaine, au nom d'un droit national n'ayant d'immuable que son principe qui est la vie de la nation.

L'ordre public est une perpétuelle tendance vers un équilibre qui, à peine atteint, se détruit : équilibre entre les conceptions nationales de l'Eternel et du Temporel.

§ 3

Une tendance vers un équilibre, tel nous apparaît en définitive l'Ordre Public.

La Loi de Vie n'est pas une simple loi d'accroissement, de dépassement : elle est une tendance vers la Perfection qui est équilibre, plénitude harmonieuse dans le développement infini de toutes les tendances et de toutes les facultés.

Considérons l'homme. Ce que la Loi de Vie lui commande, ce n'est pas de réaliser sa propre nature, de tendre à un plein accomplissement de lui-même en s'abandonnant à ses profonds penchants, qu'ils mènent au vice ou à la vertu, qu'ils donnent des « *immoralistes* » ou des « *Alissa* ».

Il ne faut pas que l'homme cherche sa pente pour y mieux glisser, qu'il cherche son péché dominant pour l'aider à devenir un plus grand, un plus magnifique péché...

Certes, si une partie de nous-même ne peut, pour un motif quelconque, se développer, les forces de vie s'appliqueront à développer en nous telles autres ou seulement telle autre partie. Mais cela pourra aboutir à donner un monstre, c'est-à-dire le résultat d'un obstacle à la Loi de Vie, et non l'effet de la Loi elle-même.

Car la *Loi de Vie* est *Ordre*.

Pour lui obéir, le corps devra chercher à s'intensifier dans un équilibre parfait, dans la santé, l'harmonie. Et l'âme devra s'élever vers la perfection dans une intensification de la pensée et de l'amour.

Et pour obéir complètement à la Loi de Vie, l'âme et le corps devront former ensemble une harmonie parfaite : l'âme merveilleusement infinie dans un corps merveilleusement fini.

Ainsi, sensibilité, intelligence, amour, devront être, non pas hiérarchisés, mais développés à l'infini dans un équilibre parfait.

Telle est la Loi de Vie dans l'Ordre qui s'impose à tous les êtres. La vertu, pour l'homme, sera d'obéir à cette loi, de mettre de l'harmonie entre les divers éléments de sa nature, et de s'intensifier dans cet équilibre jusqu'à sa fusion avec l'Absolu. Le vice sera de résister à cette loi, de rompre l'harmonie, et de s'en éloigner volontairement.

Cette Loi d'Ordre s'impose aussi aux Nations.

La Nation devra s'accroître dans un équilibre harmonieux entre ses éléments matériel (territoire, population) et spirituel (civilisation), et non développer l'un aux dépens de l'autre, ni établir une hiérarchie entre eux.

L'ordre public et l'ordre naturel seront essentiellement deux lois d'Ordre.

§ 4

Est-il donc possible de considérer ces deux lois d'Ordre comme deux instruments de lutte entre deux lois vitales : celle de l'Individu et celle de la Nation ? Ne peut-on envisager une harmonie entre l'épanouissement de la vie humaine et celui des vies nationales ?

L'individu ne peut pas vivre seul. Faire partie d'un groupement lui est indispensable. On peut admettre provisoirement que la nation est, à l'heure actuelle, le groupement qui

permet le mieux à l'individu d'atteindre son maximum de vie. L'ordre naturel englobe donc l'ordre public. D'autre part, la Nation ne se conçoit pas sans les individus de qui elle tient sa vie. L'ordre public implique donc l'ordre naturel.

La lutte se résoud en une harmonie.

L'ordre se manifesterait, dans les collectivités saines, par « l'équilibre harmonieux de tendances individuelles et sociales » (S. de Madariaga : La liberté et l'autorité dans le monde moderne, Rev. polit. et parlem., 10 février 1934).

Terminant cette étude réaliste du présent par une vue un peu idéaliste de l'avenir, j'envisagerai une Déclaration des devoirs et des droits naturels de l'homme, élaborée par toutes les nations, quelque chose comme le schéma temporaire d'une conception moyenne internationale de l'ordre naturel.

Contre cet ordre naturel unique, les ordres publics des différentes nations dresseraient leurs exigences multiples et changeantes. Alors serait créé un Tribunal international dont le rôle serait, non plus de juger entre deux hommes ni entre deux nations, mais entre un homme et une nation, quel que soit le lien qui existe entre cet homme et cette nation.

Ce Tribunal aurait à décider, par une judicieuse et équitable balance des droits et des intérêts en jeu, si, à tel moment donné, dans tel cas particulier, l'ordre naturel doit être dominé par l'ordre public, ou si, au contraire, l'ordre public doit laisser l'ordre naturel s'appliquer.

On aurait ainsi une sorte de concile laïque dont la mission serait d'interpréter et de rendre applicable la Loi d'Ordre — ordre mouvant qui conditionne la Vie, cette chose mystérieuse vers quoi tout tend.

Vu :

Lyon, le 21 Novembre 1933

Le Président de la Thèse,

Ed. LAMBERT.

Vu :

Lyon, le 21 Novembre 1933.

Le Doyen,

L. JOSSERAND.

Vu et permis d'imprimer

Lyon, le 28 Novembre 1933.

LE RECTEUR, PRÉSIDENT DU CONSEIL DE L'UNIVERSITÉ.

A. LIRONDELLE.

Bibliographie

I

ETUDE HISTORIQUE

- AMIRA (K. von). — Nordgermanisches Obligationenrecht, 1882.
- ARBOIS DE JUBAINVILLE (d'). — Etudes sur le Droit celtique, Paris, 1875.
- ARGENSON (d'). — Journal.
- BAUDRILLART (A.). — Les idées qu'on se faisait au xiv^e siècle sur le droit d'intervention du Souverain Pontife dans les affaires politiques, in *Rev. d'Hist. et de Litt. relig.*, 1898.
- BOSSUET. — Discours sur l'Unité.
- BRUNNER. — Deutsche Rechtsgeschichte.
- CICÉRON. — De officiis.
— Pro Caecina.
— De inventione.
— Les Topiques.
- CUQ. — Manuel de Droit romain.
- CYPRIEN (St). — De unitate Ecclesiae.
- DIGESTE.
- DOMAT. — Loix civiles dans leur ordre naturel.
- DUQUESNE. — Compte-rendu critique, in *Rev. hist. de Dr. fr. et étrang.*, 1928.
- FERRERO (G.). — Agrippine et Messaline.
- GAIUS. — Institutes.
- GIRARD (P.-F.). — Manuel de Droit romain. Paris, 1898.
— Textes de Droit romain. Paris, 1890 et 1895.
- GRATIEN. — Decretum.
- GUYOT. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. Paris, 1784.
- HAUSER (H.). — Modernité du xiv^e siècle.
- HUVELIN et MONIER. — Cours élémentaire de Droit romain, 1927.

- IHERING. — Fondement de la protection possessoire, 1875.
— Rôle de la volonté dans la possession, 1891.
KOVALEWSKI. — Coutumes contemporaines et loi ancienne, 1893.
LANGLOIS. — Histoire de France de Lavisse.
Loi des XII Tables.
M... — Dictionnaire de Droit et de Pratique. Paris, Saugrain, 1771.
MAY (Gaston). — Eléments de Droit romain. Paris, 1918.
MEYLAN. — L'étymologie du mot « parricide » à travers la formule : « parricidas esto » de la loi Romaine. Lausanne, 1928.
ORTOLAN (M.). — Explication historique des Instituts de l'Empereur Justinien. Paris, 1870.
PAUL (St). — Epître aux Romains.
PETIT (Eugène). — Droit romain. Paris, 1892.
ROUSSEAUD DE LACOMBE (Guy du). — Recueil de Jurisprudence Canonique et Bénéficialé, éd. 1871.
SALEILLES. — Eléments constitutifs de la possession, 1894.
SAVIGNY. — Traité de la possession. Trad. fr., 1866.
TACITE. — Annales.
THOMAS D'AQUIN (St). — Summa theologica.
THOMASSIN. — Vetus et nova ecclesiae disciplina circa beneficia et beneficiarios. Parisiis, Mugnet, 1788.
VERING (Dr. Fred. H.). — Droit canon, trad. Belet, Paris, 1879.
VERMOND. — Théorie de la possession, 1895.
VISSCHER (de). — La formule Parricidas esto, et les origines de la juridiction criminelle à Rome, in Bull. de l'Académ. royale de Belg., t. XIII.
VUITRY. — Etudes sur le régime financier de la France avant la Révolution.
WALTER (Ferdinand). — Manuel de droit ecclésiastique de toutes les confessions chrétiennes, trad. de Roquemont. Paris, 1840.
X... — Songe du Verger.

II

ETUDE EXTERNE

- ALGLAVE. — Action du Ministère public, 2^e édition.
ARMINJON. — Précis de droit international privé, 1925.
AUBRY et RAU. — Cours de Droit civil français, 5^e édition.

- AUDINET. — Principes élémentaires de droit international privé, 1906.
- BAR (L. von). — International Law, trad. angl. par Gillespie, 2^e éd., Edinburgh, 1892.
- BARTIN (Etienne). — Etudes de droit international privé, Paris, 1899.
- Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs.
- Principes de droit international privé, Paris, 1930-1932.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de droit civil, 2^e éd. Paris, 1885.
- BAUDRY-LACANTINERIE et autres. — Traité théorique et pratique de droit civil. Paris, 1895-1905.
- BECCARIA. — Des délits et des peines, trad. de l'italien. Philadelphie, 1778.
- BENTHAM. — Théorie des peines et des récompenses, 3^e éd.
- BEUDANT (Ch.). — Cours de droit civil français. Paris, 1896.
- BOISSARIE. — De la notion d'ordre public en droit international privé, th. Paris, 1888.
- BONNECASE. — Science du Droit et romantisme. Le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle.
- BOSSUET. — Politique tirée de l'Ecriture sainte.
- BROCHER. — Cours de droit international privé.
- BUSTAMANTE (Dr. A.). — El orden publico. Habana, 1893.
- CHAMPCOMMUNAL. — De la succession ab intestat en droit international privé, th. Paris, 1892.
- COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de droit civil français, 4^e édition.
- DALLOZ. — Répertoire pratique de jurisprudence.
- DEMOGUE. — De la réparation civile des délits, 1898.
- Traité des obligations en général. Paris, 1922.
- DEMOLOMBE. — Cours de code Napoléon, 4^e édition.
- DESPAGNET et DE BOECK. — Précis de droit international privé, 5^e éd., 1909.
- FÉLIX-BERTRAND (G.) et CRESPEL. — Représentants, courtiers et commissionnaires devant la justice et le fisc, éd. Godde. Paris, 1932.
- FERRI. — La sociologie criminelle, trad. de l'auteur. Paris, Rousseau, 1893.
- L'utilisation de la psychologie criminelle dans le procès pénal, in *Rev. int. de dr. pénal*, 1925.
- Principii di diritto criminale, 1928.

- FIGLIORE (Pasquale). — Droit international privé, trad. Pradier-Fodéré, 1875.
- FUZIER-HERMAN. — Code civil annoté.
— Répertoire de jurisprudence.
- GAROFALO. — La criminologie, trad. fr., 1905.
- GARRAUD (René). — Traité théorique et pratique de droit pénal français, 2^e éd.
— Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, 1907.
— Précis de droit criminel, 13^e édition.
- GARRAUD (Pierre). — Rapport sur l'avant-projet de Code pénal, Annales de l'Université de Lyon, 1933.
- GIDE (Charles). — Cours d'économie politique, 5^e éd., 1919.
- GLASER (Stefan). — Rapport à la Séance de la Société générale des Prisons et de Législation criminelle du 22 avril 1931.
— La peine d'utilité et la peine de représailles, 1924.
- GRANDMOULIN. — Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles dans l'ancien droit romain et dans le droit français.
- GRASSERIE (de la). — De la suppression d'immunités accordées au coupable, in *Rev. pén.*, 1898.
- GUILLOUARD. — Traité du prêt. Paris, 1892.
— Traité de la prescription. Paris, 1901.
- HEALY (Th.). — Théorie générale de l'ordre public, in *Rec. des Cours de l'Acad. de Dr. intern.*, 1925, IV, p. 407.
- HUBRECHT. — La dépréciation monétaire et la stabilisation, leurs effets sur l'exécution des obligations, th. Strasbourg.
- HUC. — Commentaire théorique et pratique du Code civil. Paris, 1891-1902.
- IHERING. — De la faute en droit privé, trad. de Meulenaere. Paris, 1880.
— L'évolution du Droit. Paris, 1901.
- JOSSERAND (L.). — Cours de Droit civil positif français. Paris, 1930.
— De l'abus des droits. Paris, 1905.
— De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits. Paris, 1927.
— Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé. Paris, 1928.

- KAHN (F.). — Die Lehre vom Ordre public, Jherings Jahrbücher, 1898.
- KLEIN (P.). — Die Lehre vom Ordre public. *Arch. f. burg. Recht.* 1906.
- KNAPP (Ch.). — La notion de l'ordre public dans les conflits de loi. Mulhouse, 1933.
- KRYLENKO. — La politique des Soviets en matière criminelle, Bureau d'éditions de diffusion et de publicité.
- LAINÉ. — Introduction au droit international privé. Paris, 1888-1892.
- LAMBERT (Edouard). — Cours de Droit comparé à la Faculté de Droit de Lyon, années 1928-29 et 1929-30.
- LAPRADELLE (de) et NIBOYET. — Répertoire de Droit international.
- LAURENT. — Principes de Droit civil (33 vol.). Bruxelles-Paris, 1869-1878.
- Cours élémentaire de Droit civil (4 vol.). Bruxelles-Paris, 1878.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (Paul). — Précis de droit international privé. Paris, 1928.
- LÉVY (Emmanuel). — Preuve par titre du droit de propriété immobilière, th. Paris, 1896.
- Vision socialiste du Droit. Giard, 1926.
- Les fondements du Droit. Paris, 1933.
- LISZT. — Der Zweckgedanke im Strafrecht, 1882.
- Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25^e éd., 1927.
- LYON-CAEN. — Rapport du 10^e Congrès international pénal et pénitentiaire.
- LYON-CAEN et RENAULT. — Précis de droit commercial, 5^e éd. Paris, 1921.
- MARIN. — La loi monétaire et les contrats en francs-or et monnaie étrangère, in *Rev. trim. de dr. civ.*, 1928.
- MAZEAUD (L. et H.). — Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle. Paris, 1931.
- Mélanges CORNIL (G.).
- Mélanges PILLET (A.).
- MERLIN. — Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence, 5^e éd.
- MEZGER. — Moderne Strechtsprobleme, 1927.
- MILL (John-Stuart). — Principes d'économie politique, trad. Courcelle-Seneuil et Dussard. Paris, 1873.

- MONTIER (M.). — Conflit des lois étrangères avec les lois d'ordre public françaises, th. Paris, 1891.
- OCTAVIO (R.). — Droit international privé brésilien. Paris, 1915.
- PIC (Paul). — Traité élémentaire de législation industrielle. Paris, 1931.
- PILLET (Antoine). — De l'ordre public en droit international privé. Grenoble, 1890.
- Principes de droit international privé. Paris, 1909.
 - Des personnes morales en droit international privé. Paris, 1914.
 - Traité pratique de droit international privé. Paris, 1923-1924.
- PILLET et NIBOYET. — Manuel de droit international privé, 2^e édition.
- PLANIOL et RIPERT. — Traité élémentaire de droit civil, 11^e éd.
- Traité pratique de droit civil français.
- POTHIER. — Traité du Droit français. Paris, Depelafol, 1835.
- Commentaire sur la Coutume d'Orléans, éd. Bugnet.
- POULLET. — Manuel de droit international privé belge, Paris et Louvain, 1925.
- PRINS. — La défense sociale et les transformations du droit pénal, 1910.
- RAPISSARDI-MIRABELLI (A.). — L'Ordine pubblico nel diritto internazionale. Catane, 1909.
- RAYNAUD. — Le contrat collectif en France, 1921.
- RIPERT (Georges). — La règle morale dans les obligations civiles. Paris, 1925.
- De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines. Paris, 1902.
 - Droit maritime, 3^e éd. Paris, 1929-1930.
- SAVATIER. — La recherche de la paternité.
- SAVEY-CASARD. — Le refus d'action pour cause d'indignité, th. Lyon, 1930.
- SCELLE (G.). — Précis de législation industrielle. Paris, 1927.
- SIREY. — Répertoire de jurisprudence.
- SOLUS (H.). — Traité de la condition des indigènes en droit privé.
- La stabilisation du franc et les clauses de paiement en or. *Journ. des notaires*, 1928.
- SURVILLE. — Cours élémentaire de droit international privé, 7^e éd., 1925.

- TOULEMON. — Les progrès des institutions pénales, 1928.
- VALÉRY (Jules). — Manuel de droit international privé. Paris, 1914.
- VAREILLES-SOMMIÈRES (de). — La synthèse du droit international privé. Paris, 1897.
- VISSCHER (de). — Les origines de l'obligation ex delicto, in *Rev. hist. dr. fr. et étrang.*, 1928.
- WEISS (André). — Traité élémentaire de droit international privé. Paris, 1890.
- Traité théorique et pratique de droit international privé. Paris, 2^e éd., 1907-1913.
- Manuel de droit international privé, 1925.
- WROBLEWSKI (Bronislaw). — Principes fondamentaux de la politique pénale, in *Etudes criminologiques*, mars 1930.
- ZERBOGLIO. — Della prescrizione penale. Bocca, 1893.

III

ETUDE INTERNE

- ALLENDY (Dr. René). — La psychanalyse. Denoël et Steele, Paris.
- AMIEL. — Journal intime.
- ANCIEN TESTAMENT.
- ARON (R.) et DANDIEU (A.). — Décadence de la nation française, éd. Rieder, 1931.
- BENDA (Julien). — Belphégor.
- La trahison des clercs.
- La fin de l'Eternel.
- Esquisse d'une histoire des Français.
- BERGSON. — Essai sur les données immédiates de la conscience.
- Matière et Mémoire.
- BERNARD (Claude). — La science de la vie.
- BIBLE.
- BORTOLOTTI. — La Charte du travail et les corporations, Cours de Droit pénal au Congrès universitaire de Davos, 1930.
- BOUTROUX (Emile). — De la contingence des lois de la nature. Paris, 1874.
- De l'idée de loi naturelle. Paris, 1895.
- Science et religion dans la philosophie contemporaine. Paris, 1908.

CICÉRON. — De re publica.

CURTIUS (Ernst-Robert). — Essai sur la France.

DAYE (Pierre). — L'Europe en morceaux. Paris, 1932.

DIOGÈNE-LAERCE. — Les vies des plus illustres philosophes de l'antiquité, exposé de la doctrine stoïcienne, éd. Cobet-Didot.

DUGUIT. — Traité de Droit constitutionnel, 3^e édition.

DURKHEIM (Emile). — Les formes élémentaires de la vie religieuse. Paris, 1912.

— Education et sociologie. Paris, 1922.

— L'éducation morale. Paris, 1925.

DRIEU LA ROCHELLE. — L'Europe contre les Patries.

— Réponse à Julien Benda, in *Nouv. Litt.*, 7 nov. 1933.

EL ARABY (Mohamed Abdullah). — La contrainte économique et le délit de violence. Thèse Lyon, 1924.

ESCHYLE. — Les Filles du Soleil.

FERNANDEZ (Ramon). — Polémique libérale.

FOURNOL (Etienne). — Entre le Droit et la Vertu, in *Nouv. Litt.*, 5 déc. 1931.

FREUD (Sigmund). — Introduction à la Psychanalyse.

— Trois essais sur la théorie de la sexualité.

GÉNY. — Méthode d'interprétation et sources du droit positif. Paris, 1899.

— Science et technique en droit positif privé. Paris, 1914.

GIDE (André). — L'immoraliste.

— La porte étroite.

— Préface à Vol de Nuit (de Saint-Exupéry).

GOETHE. — Poésie et Vérité.

GRASSET (Bernard). — Lettre à Fr. Sieburg.

GRIMM (Hans). — Volk ohne Raum. München, 1930.

GROTIUS (Hugo). — Le droit de la guerre et de la paix, trad. Pradier-Fodéré, 1867.

HALÉVY (Daniel). — Décadence de la liberté. Grasset, 1931.

HEGEL (W. F.). — Philosophie de la nature, trad. A. Vera. Paris, Lagrange, 1863.

— Philosophie de l'esprit, trad. A. Vera. Paris, Germer-Baillière, 1867-69.

HOMÈRE. — Iliade.

HORACE. — Satires.

IMITATION de Jésus-Christ.

- JANET et SÉAILLES. — Histoire de la philosophie.
- JENNINGS. — Natural elements of political economy.
- KELSEN — Das Sollen der Zurechnung.
— Cours à l'Académie de Droit international de La Haye.
Rec. des Cours, 1926, t. IV, p. 233.
- KUNZ. — La primauté du droit des gens, in *Rev. de dr. int. et de législ. comparée*, 1925.
- LACHELIER. — Introduction à: Fondements de la métaphysique des mœurs. Paris, Hachette.
- LALOU. — La responsabilité civile.
- LAWRENCE (D. H.). — Sons and Lovers.
— Fantaisie sur l'inconscient.
- LEIBNITZ. — La monadologie.
- LENÉRU (Marie). — Les affranchis.
- LÉVY (Emmanuel). — Introduction au droit naturel, éd. de la Sirène. Paris, 1922.
- LÉVY-BRUHL. — Le surnaturel et la nature dans la mentalité primitive, Alcan.
- LOYSEL. — Institutes coutumières.
- LUCHAIRE (J.). — Principes de la coopération internationale. *Ac. de dr. int.*, *Rec. des cours*, 1925, IV.
- MADARIAGA (Salvador de). — Anglais, Français, Espagnols.
— La liberté et l'autorité dans le monde moderne, in *Rev. polit. et parlem.*, 10 février 1934.
- MAINE DE BIRAN. — Journal intime.
- MANN (Thomas). — La mort à Venise, éd. Kra. Paris, 1929.
— La montagne magique.
- MAUGNAM (Somerset). — L'archipel aux sirènes.
- MAURIAC. — Trois récits.
- MAURY (J.). — Observations sur les idées du Professeur Kelson, in *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 1929.
- MORUS (Thomas). — Utopia.
- NIETSCHE. — Volonté de puissance.
— Ainsi parlait Zarathoustra.
- ORS (Eugenio d'). — Science et histoire des cultures, Cours à l'université de Madrid, 1931-1932.
- PROUST (Marcel). — La prisonnière.
— Du côté de chez Swann.
— Le temps retrouvé.
- RAVAISON. — Essai sur la métaphysique d'Aristote. Paris, 1837-1846.

- La philosophie en France au XIX^e siècle. Paris, 1868.
- RENOUVIER. — Esquisse d'une classification systématique des doctrines.
- L'idée de Dieu, in *Année philosophique*, 1897.
- RIOU (Gaston). — Europe ma patrie.
- ROUSSEAU (J.-J.). — Profession de foi d'un vicaire savoyard.
- SAINT-EXUPÉRY (Antoine de). — Vol de nuit.
- SAND (Dr. René). — Le service social à travers le monde. Paris, Colin, 1931.
- SAVIGNY. — Traité de droit romain, t. VIII, trad. Guenoux, 1851.
- SENN (Félix). — De la justice et du droit. Paris, Sirey 1927.
- SÉVILLE (Isidore de). — Etymologie.
- SIEBURG (Friedrich). — Dieu est-il français?
- SIEGFRIED (André). — Tableau des partis en France.
- SOREL. — L'Europe et la Révolution française.
- SPENGLER (Oswald). — Déclin de l'Occident.
- Der Mensch und die Technik. Muenchen, C. H. Beck, 1931.
- SUARÈS (André). — Cressida. Paris, Emile-Paul frères, 1913.
- Guerre et politique, in *Nouv. Litt.*, 1^{er} août 1931.
- TAINE. — Origines de la France contemporaine.
- THÉRÈSE D'AVILA (Sainte). — Commentaire du Cantique des Cantiques.
- THOMASSIN. — Le Décret de Gratien, *Analecta*, 16^e série, 1877.
- VALÉRY (Paul). — Eupalinos, précédé de: L'Ame et la Danse. Paris, 1929.
- Monsieur Teste, 19^e éd, Paris, 1929.
- Variété II. Paris, 1930.
- Discours pour la réception à l'Académie française du Maréchal Pétain, le 22 janvier 1931.
- VOIGT. — Jus naturale aequum et bonum et jus gentium des Romains. Leipzig, 2 vol.
- WESTLAKE. — Traité de droit international privé, trad. Goulé, 1914.

IV

REVUES ET PERIODIQUES

Année philosophique.
Année sociologique.

Annuaire de l'Institut de droit international.
Archives parlementaires.
Berliner Boersen Zeitung.
Bulletin de l'Académie Royale de Belgique.
Bulletin de la Société d'Etudes législatives.
Bulletin quotidien de la Société d'études et d'informations économiques.
Bullettino dell'istituto di diritto Romano.
Clunet.
Compte rendu des débats du B. I. T.
Dalloz, Périodique et Hebdomadaire.
Etudes criminologiques.
Feuille d'informations corporatives, Rome.
Gaceta de Madrid.
Gazette du Palais.
Gazette des Tribunaux.
Journal de droit international privé (Clunet).
Journal des Huissiers.
Journal des Notaires.
Journal Officiel.
La Loi.
Les Nouvelles littéraires.
Pandectes périodiques.
Questions pratiques de législation ouvrière et d'économie sociale.
Recueil des Cours de l'Académie de Droit international établie à La Haye.
Revueil international de la Jurisprudence du Travail (R. I. J. T.).
Revue critique de législation et de jurisprudence.
Revue de droit international privé.
Revue de droit international et de législation comparée.
Revue de droit pénal et de criminologie.
Revue de droit public.
Revue de droit maritime comparé.
Revue de Science et de Législation financière.
Revue de métaphysique et de morale.
Revue de Paris.
Revue des Deux-Mondes.
Revue d'Histoire et de Littérature religieuse.
Revue d'Histoire de Droit français et de Droit étranger.
Revue internationale du travail.

- Revue internationale de droit pénal.*
Revue politique et parlementaire.
Revue pénitentiaire et de droit pénal.
Revue pratique de droit français.
Revue trimestrielle de droit civil.
Semaine Juridique.
Sirey, Recueil périodique.
— *Chronique hebdomadaire.*
— *Lois annotées.*

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE. — ETUDE HISTORIQUE: LES PRÉCÉ- DENTS DE L'ORDRE PUBLIC DANS LES ANCIENS DROITS.	5
Chapitre premier. — <i>Le Droit romain</i>	7
Section I: Limitations au droit de propriété	7
Section II: La protection possessoire	14
Section III: Mesures prises pour parer aux dangers de la dépopulation	16
Section IV: Les délits	19
Section V: L'ordre public dans le droit romain	22
Chapitre II. — <i>Le Droit canonique</i>	27
Section I: Organisation de l'Eglise	27
Section II: Suprématie du Pape	29
Section III: Admission de la Coutume dans le droit ca- nonique	31
Section IV: Empêchements au mariage	33
Section V: L'ordre public dans le droit canonique	35
Chapitre III. — <i>L'Ancien Droit français</i>	37
Section I: Souveraineté nationale en face de l'Eglise	38
Section II: Souveraineté nationale en face du Roi	44
Section III: Souveraineté nationale en face des indivi- dus	49
Section IV: L'ordre public dans l'Ancien Droit fran- çais	59
DEUXIEME PARTIE. — ETUDE EXTERNE: LES TEXTES..	61
Chapitre premier. — <i>Généralités</i>	63
Chapitre II. — <i>L'Ordre public et le droit de propriété.</i>	69
Section I: Les servitudes légales	69
Section II: La prescription	77

Chapitre III. — <i>L'Ordre public et l'état des personnes..</i>	85
Section I: Le mariage	85
Section II: Droits et obligations qui naissent du mariage	88
Section III: Les droits politiques	100
Chapitre IV. — <i>L'Ordre public et la liberté d'action....</i>	103
Section I: Délit pénal	103
Section II: Délit civil	110
Chapitre V. — <i>L'Ordre public et la liberté des conventions</i>	115
Section I: Les incapacités	116
Section II: Cause et objet	119
Section III: Le droit du travail	122
Chapitre VI. — <i>L'Ordre public et le Droit des gens</i>	131
Section I: Principes du Droit des gens	131
Section II: L'état des personnes	137
Section III: La capacité	145
Section IV: Les contrats	147
 TROISIEME PARTIE. — ETUDE INTERNE :L'ESPRIT DES TEXTES	 159
Chapitre premier. — <i>Ordre naturel</i>	161
Section I: Caractères de la Loi naturelle	161
§ I: Conception individualiste	161
§ II: Conception collectiviste	165
§ III: Le droit des gens	173
Section II: Fondement et contenu de la Loi naturelle	180
§ I: Le droit naturel	180
§ II: La morale	186
Chapitre II. — <i>Ordre public</i>	195
Section I: L'Ordre public et les Nations. — Fondement de l'Ordre public	195
Section II: Contenu de l'Ordre public	202
§ I: Vie matérielle de la nation	202
§ II: Vie spirituelle de la nation. Conceptions nation- ales de la civilisation	214
CONCLUSION. — ORDRE	231
BIBLIOGRAPHIE	237



BOSC FRÈRES, M. & L. RIOU

00 00 IMPRIMEURS-ÉDITEURS 00 00

00 42, QUAI GAILLETON, 42 00

00 00 00 00 LYON 00 00 00 00



